Der Mäklervertrag

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Ludwig Lorenz,
Referendar aus Güstrow.

AUAD
LUGDBAT
BIBL.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1907.

24. Deutschen Juristentages, 2. Bd., 1897, S. 235—300.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl., 1903.

Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. 2, 1. und 2. Aufl., 1901; zitiert: Dernburg, BGB..

Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 4. Aufl., 1904; zitiert: Dernburg, Pand..

Deutsche Juristenzeitung; an den einschlägigen Stellen zitiert: DJZ..

Dörr, der Mäklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche, in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 70, S. 620—644.

Dresden'er Entwurf (Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse), 1866.

Düringer-Hachenburg, das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert, Bd. 1, 1899.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1. und 2. Aufl., 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9. Aufl., 1903.

Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht, Bd. 1, 2. Buch, 2. Aufl., 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft; an den einschlägigen Stellen zitiert: RGZ..

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Lesung; amtliche Ausgabe; zitiert: E. I.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II. Lesung, nach den Beschlüssen der Redaktionskommission; auf amtliche Veranlassung; zitiert: E. II.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in der Fassung der „Bundesratsvorlage"; auf amtliche Veranlassung.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., 1906.

Gareis, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 1905.

Gauss, der Civilmakler, 1903.

Goldmann, das Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 1901.

Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Bd. 1, 2. Aufl., 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes, Bd. 36, 37, 40, 45, andere Bände an den einschlägigen Stellen; zitiert: Gruchot.

Grünfeld, der Mäklervertrag, 1903.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Bd. 1, 1897.

Hausmann, die Verpflichtung des Mäklers zur Erfüllung, 1906.

Heine, der Mäklervertrag, 1903.

Jacusiel, das Recht der Agenten und Mäkler; Heft 2: das Recht der Mäkler.

Jastrow, der Mäklervertrag im BGB., in der „Sozialen Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik", Bd. 5 (Jahrgang 1896), S. 958—962.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwalts-Vereins; an den einschlägigen Stellen zitiert: JW..

Kohler, zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch: „Der Ehemakellohn", im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 12, S. 316—336; 1897; auch als Sonderabdruck, 1. Teil, II, 1900.

Kohler und Ring, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6 und 12.

Kuhlenbeck, das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1903.

Kuhlenbeck, von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Teil, 1899.

Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch, Teil 1, 1899.

Lotmar, der Arbeitsvertrag, Bd. 1, 1902.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl., 1900.

Meisner, das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum 2. Buch des BGB., 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I und II; amtliche Ausgabe, 2. Aufl., 1896; zitiert: Motive.

Müller, der Mäklervertrag (Jahr nicht angegeben).

Mundt, der Mäklervertrag, 1905.

Neubauer, der nicht kaufmännische Mäklervertrag in der Praxis, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6, S. 1—53.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 4. Aufl., 1905.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechtes, 1.—4. Jahrgang, 1904, 1905, 1906, je der 1. Band, zu den §§ 652—656 BGB.; zitiert: Neumann JDR..

Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 2 (bis § 656 BGB. einschl.), 3. Aufl., 1903, 1904, 1907, im übrigen 1. und 2. Aufl., 1900.

Pollatscheck, die rechtliche Natur des Mäklervertrages, 1905.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs; im Auftrage des Reichsjustizamtes; Bd. I und II, 1898 (Guttentag'sche Ausgabe); zitiert: Protokolle.

Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand; an den einschlägigen Stellen zitiert: Recht.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann; an den einschlägigen Stellen zitiert: OLG..

Reichstags-Kommissionsberichte (Bd. I) und -Sitzungsprotokolle.

Reuling, die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 40, S. 193—233.

Riesenfeld, der Zivilmäkler, in Gruchot's Bei-

Disposition.

A. Einleitung.

§ 1. Begrenzung des Themas.

§ 2. Kurze Entstehungsgeschichte der Bestimmungen des BGB. über den Mäklervertrag.

B. Abhandlung.

Der Mäklervertrag nach dem BGB.:

I. Begriff und rechtliche Natur des Mäklervertrages.

§ 3. 1. Die einzelnen Begriffserfordernisse des § 652 Abs. 1 Satz 1 des BGB..

§ 4. 2. Die vertragschliessenden Personen und der Vertragsgegenstand.

§ 5. 3. Ist der Mäklervertrag überhaupt ein Vertrag? bejahendenfalls: ist er ein- oder zwei- bezw. gegenseitiger Vertrag im Sinne des BGB.?

§ 6. 4. Unterschiede und Abgrenzung des zivilrechtlichen Mäklervertrages:

a) von anderen Vertragsverhältnissen des BGB., insbesondere vom Auftrag, Dienstvertrag und Werkvertrag,

b) vom handelsrechtlichen Mäklervertrage.

II. Die Rechte und Pflichten des Mäklers aus dem Mäklervertrage.

1. Die Rechte des Mäklers:

a) auf Zahlung des Mäklerlohnes:

§§ 7—10. α. Die Voraussetzungen des Anspruches: § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB.:

§ 7. αα. Es muss ein Mäklervertrag zwischen Auftraggeber und Mäkler abgeschlossen worden sein; (Begründung des Vertrages, keine Form erforderlich, Vermutung der Entgeltlichkeit gemäss § 653 Abs. 1 BGB.);

§ 8. ββ. Der Mäkler muss auf Grund dieses Vertrages eine gewisse Tätigkeit für den Auftraggeber entwickelt haben:

α'α'. der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages,

β'β'. die Vermittelung eines Vertrages;

§ 9. γγ. Der zu vermittelnde Vertrag muss in rechtswirksamer Weise zustande gekommen sein, [einzelne Fälle:

1. Fälle der Nichtigkeit sowie der erfolgreich durchgeführten Anfechtung des Vertrages;

2. Fälle der Bedingungen und Be-

fristungen: aufschiebende Bedingung (§ 652 Abs. 1 Satz 2 BGB.), auflösende Bedingung, Eintritt bezw. Verhinderung des Eintritts der Bedingung wider Treu und Glauben; Anfangs- und Endtermin;

3. Fälle des Rücktrittsrechtes: Ausübung des vertragsmässigen und des gesetzlichen Rücktrittsrechtes, insbesondere beim Fixgeschäft (§ 361 BGB.);

4. freiwillige Wiederaufhebung des vermäkelten Vertrages seitens der Vertragsparteien durch gegenseitige Vereinbarung];

§ 10. δδ. Zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Vertrages muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen.

§§ 11—14. β. Der Inhalt des Anspruches:

§ 11. αα. Der Zahlungspflichtige;

§ 12. ββ. Die Höhe des Mäklerlohnes: § 653 Abs. 2 BGB.;

§ 13. γγ. Das richterliche Ermässigungsrecht bei Dienstvermittelungsverträgen gemäss § 655 BGB.;

§ 14. δδ. Der Ausschluss des Anspruches gemäss § 654 BGB..

§ 15. b) auf Ersatz der von ihm gemachten Aufwendungen:

α. gemäss 652 Abs. 2 BGB. nur im Falle einer dahingehenden Vereinbarung;

β. Ausschluss auch dieses Anspruches gemäss § 654 BGB., wie zu a, β, δδ.

§ 16 2. Die Pflichten des Mäklers:

a) zur Sorgfalt, Treue und Gewissenhaftigkeit, insbesondere zur Verschwiegenheit,

b) zur Bemühung um das Zustandekommen des Vertrages.

§ 17. III. Die Aufhebung des Mäklervertrages: die verschiedenen subjektiven Endigungsgründe:

a) Tod bezw. Eintritt der Geschäftsunfähigkeit,

b) Kündigung (Widerruf) und Rücktritt.

§ 18. IV. Der Ehemäklervertrag des § 656 BGB.: nur keine Klagbarkeit, im übrigen aber Gültigkeit des Vertrages; condictio indebiti indess ausgeschlossen.

A. Einleitung.

§ 1.

Begrenzung des Themas.

Die vorliegende Abhandlung wird sich auf die Darstellung des zivilrechtlichen Mäklervertrages nach dem BGB. beschränken. Von der Betrachtung werden daher ausgeschlossen bleiben:

1. insbesondere der handelsrechtliche Mäklervertrag, über welchen das — neue — Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 in dem 8. Abschnitt des 1. Buches in den §§ 93—104 weit eingehendere Bestimmungen [1]) getroffen hat, als das BGB. für den zivilrechtlichen Mäklervertrag,

2. die Bestimmungen des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, §§ 29—35, über die Börsen- und Kursmäkler,

3. die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom

1) Sie werden nur insoweit herangezogen werden, als ihre Heranziehung zur Unterscheidung und Abgrenzung des zivilrechtlichen Mäklervertrages notwendig ist; vgl. insbesondere unten § 6 unter b (S. 43—45).

2. Juni 1902 (RGBl. S. 215, 216), §§ 2—7, über die Stellenvermittler für Schiffsleute,

4. die Bestimmungen des Landesrechts auf den demselben vorbehaltenen Gebieten, insbesondere über die Gesindemäkler und die dem Versicherungsrecht angehörenden Mäkler, vgl. EGBGB. Art. 95, 75,

5. einschlägige Bestimmungen des öffentlichen Rechts, insbesondere der Reichs-Gewerbeordnung, vgl. §§ 34^1, 35^3 GewO. (gewerbepolizeiliche Beschränkungen) [1]).

Die Bestimmungen des BGB. über den Mäklervertrag sind in einem besonderen, dem 8. Titel des 7. Abschnitts des 2. Buches (Recht der Schuldverhältnisse), in den §§ 652—656 enthalten.

§ 2.

Kurze Entstehungsgeschichte der Bestimmungen des BGB. über den Mäklervertrag.

Die in den §§ 652—656 des BGB. über den Mäklervertrag enthaltenen Bestimmungen sind nicht aus einem Guss geschaffen, sondern erst nacheinander in der jetzigen Fassung in das Gesetzbuch aufgenommen worden. Bei der Entstehung derselben lassen sich drei Stadien unterscheiden:

---

1) Es mag hier erwähnt werden, dass die gewerbepolizeiliche Untersagung der gewerbsmässigen Vermittelungstätigkeit die Gültigkeit des einzelnen Mäklervertrages nicht beeinträchtigt; so Neumann zu § 652 unter VII 4, Staudinger in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 3e, und Fischer-Henle ebenda.

1. der erste Entwurf,
2. der zweite Entwurf,
3. die Beschlüsse des Reichstages.

1. Der erste Entwurf (E. I), welcher, wie die Motive zu demselben [1]) hervorheben, davon ausging, dass der Mäklervertrag — abgesehen von den Voraussetzungen, unter welchen ein Mäklerlohn gefordert werden könne, — einer näheren Regelung nicht bedürfe, und dass von einer, sei es erschöpfenden Regelung desselben, sei es Aufführung einzelner Vorschriften, mit Rücksicht auf die Entbehrlichkeit bezw. Bedenklichkeit solcher aufzunehmenden Bestimmungen abzusehen sei, dass vielmehr zu seiner Beurteilung je nach der Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge, bezw. die für den Dienstvertrag, Werkvertrag oder Auftrag geltenden besonderen Rechtsnormen ausreichen würden, enthielt in dem § 580 lediglich die einzige, dem jetzigen § 652 Abs. 1 des BGB. — nur redaktionell geändert — entsprechende Vorschrift über den Mäklervertrag [2]).

2. In dem zweiten Entwurf (E. II) finden sich in den §§ 587 Abs. 2 und 588 — der § 587 Abs. 1 entspricht dem § 580 des ersten Entwurfs — bereits die Bestimmungen, wie sie in den jetzigen §§ 652 Abs. 2 und 653 des BGB. enthalten sind, eingefügt. Diese Paragraphen wurden auf Anregung der zu dem ersten Entwurf ergangenen Kritik durch die Beschlüsse

1) Vgl. Motive, Band II, S. 510.

2) Die Denkschrift zu diesem Entwurf enthält keine Bemerkungen über den Mäklervertrag.

der zur Vorbereitung des Entwurfs des Gesetzbuchs eingesetzten zweiten Kommission, welche die Einschiebung befürwortete [1]), in den Entwurf eingeschaltet. In dieser Fassung sind die Bestimmungen sodann auch in die sogen. „Bundesratsvorlage“ [2]), welche dem Reichstage zur Beratung und Beschlussfassung vorlag, übergegangen.

3. Durch die Beschlüsse des Reichstages auf Vorschlag der von diesem zur Vorbereitung der Beschlussfassung gewählten Kommission [3]) sind die letzten, in den jetzigen §§ 654—656 des BGB. enthaltenen Bestimmungen über den Mäklervertrag, welche teils einige im bisherigen gemeinen Recht bezw. Preussischen Landrecht hervorgetretene Streitfragen entscheiden, teils gewissen Missständen auf dem Gebiete des Mäklerwesens entgegentreten sollen, den Bestimmungen des zweiten Entwurfes hinzugefügt worden und nach Zustimmung des Bundesrats in das jetzige Gesetzbuch gelangt.

Bemerkt werden mag schliesslich noch, dass auch der jetzige § 652 Abs. 1 des BGB. nicht neu ist, sondern bereits im alten Handelsgesetzbuch Art. 82 sich findet, aus welchem er in den ersten Entwurf als § 580 übernommen worden ist.

---

1) Im einzelnen muss hier auf die Protokolle der zweiten Kommission verwiesen werden, vgl. Band II, S. 345, 346, unter Ziff. 129 I.

2) §§ 642, 643 derselben.

3) Vgl. im einzelnen die Reichstagskommissionsberichte, Bd. I, S. 93—95, sowie die Reichstagssitzungsprotokolle S. 2785, 2786, 3060.

B. Abhandlung.

I. Begriff und rechtliche Natur des Mäklervertrages.

§ 3.

1. Die einzelnen Begriffserfordernisse des § 652 Abs. 1 Satz 1 des BGB..

Wenn das BGB. den Begriff des Mäklervertrages auch nicht förmlich bestimmt hat, so sagt es doch in dem § 652 Abs. 1 Satz 1, wer — und unter welchen Voraussetzungen derselbe[1]) — zur Entrichtung eines Mäklerlohnes verpflichtet ist. § 652 Abs. 1 Satz 1 lautet:

> „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die Vermittelung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande kommt."

1) Hierüber weiter unten §§ 7—10 (S. 46—76).

Der Mäklervertrag ist darnach derjenige Vertrag, in welchem der eine Kontrahent — der Auftraggeber [1]) — dem anderen — dem Mäkler — für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die Vermittelung eines Vertrages eine Vergütung — den Mäklerlohn — verspricht für den Fall, dass der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande kommt.

Als wesentliche Erfordernisse des Mäklervertrages ergeben sich nach dieser Definition:

1. eine gewisse Bemühung des Mäklers um das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages, welche beschränkt sein kann auf den blossen Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsabschlusse, sich aber auch ausdehnen kann auf die förmliche Vermittelung eines Vertrages [2]),

2. ein Mäklerlohn, als Entgelt für die geleistete Tätigkeit.

Mäkler ist darnach, wer es unternimmt, für einen anderen, den Auftraggeber, gegen Entgelt eine Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder einen Vertrag zu vermitteln [3]).

1) Die Bezeichnung „Auftraggeber" für denjenigen, welcher den Mäklerlohn verspricht, ist die am meisten gebräuchliche; andere Ausdrücke sind „Geschäftsherr", auch „Kommittent". Zu empfehlen sind alle drei Ausdrücke nicht, weil das BGB. bezw. das HGB. mit sämtlichen dreien besondere Begriffe verbindet; vgl. insbesondere BGB. §§ 662 ff., 677 ff., HGB. §§ 383 ff.. — Das Gesetzbuch vermeidet aus diesem Grunde beim Mäklervertrag auch einen derartigen Ausdruck.

2) So Staudinger zu § 652 unter I 1.

3) So die übliche Definition; vgl. Planck in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter I.

Der Auftraggeber übernimmt also die Verpflichtung, dem Mäkler eine Vergütung, den Mäklerlohn, zu zahlen, wenn der Vertrag infolge des Nachweises bezw. der Vermittelung des Mäklers wirklich zustande kommt.

Der Mäkler dagegen erklärt sich bereit — ob auch er sich verpflichtet, ist Gegenstand einer Kontroverse [1]) —, dem Auftraggeber eine Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder einen Vertrag zwischen ihm und einem Dritten zu vermitteln.

§ 4.

2. Die vertragschliessenden Personen und der Vertragsgegenstand.

a. Die vertragschliessenden Personen sind nach vorstehendem nur der Auftraggeber und der Mäkler, nicht insbesondere der Gegenkontrahent in dem zu vermittelnden Vertrage, zu welchem weder der Auftraggeber noch auch der Mäkler in irgendwelche vertraglichen Beziehungen tritt [2]); weder wird insbesondere der Mäkler dem Dritten gegenüber vertraglich verpflichtet, sondern kann ihm höchstens ausserkontraktlich nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. des BGB.) schadensersatzpflichtig werden, noch wird der Mäkler dem Dritten gegenüber irgendwie berechtigt, insbesondere

1) Darüber unten § 5 unter b (S. 23—37).
2) And. Ans. Riesenfeld a. a. O. S. 272, 273.

kann er von ihm keinen Mäklerlohn — auch nicht teilweise — verlangen[1]).

b. Der Gegenstand des Vertrages ist eine Tätigkeit des Mäklers[2]), welche nach den Worten des Gesetzes sein kann entweder der blosse Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder weitergehend die Vermittelung eines Vertrages[3]). Eine Beschränkung in der Zahl der zu vermittelnden Verträge hat das BGB. nicht aufgestellt[4]); Besonderheiten sind im Gesetzbuch enthalten nur hinsichtlich des Dienstvermittelungs- und des Ehemäklervertrages in den §§ 655, 656 BGB.; indessen beeinträchtigen diese Bestimmungen die Gültigkeit des vermittelten Vertrages als solchen nicht, sondern schliessen z. B. bei dem letztgenannten Vertrage nur die Klage des Mäklers gegen den Auftraggeber auf Entrichtung des Mäklerlohnes aus.

§ 5.

3. Ist der Mäklervertrag nach dem BGB. überhaupt ein Vertrag? bejahendenfalls: ist er ein ein- oder zweibezw. gegenseitiger Vertrag im Sinne des BGB.?

a. Dass der Mäklervertrag nach dem BGB. ein Vertrag, d. h. eine zusammenstimmende Willens-

1) Anders in beiden Fällen das Handelsrecht; vgl. HGB. §§ 98, 99.

2) Ob der Mäkler diese Tätigkeit gewerbsmässig ausübt oder nicht, macht keinen Unterschied; auch in dieser Hinsicht steht das HGB. (§ 93) anders da. Vgl. auch GewO. § 35[8].

3) Des näheren über die Tätigkeit des Mäklers unten § 8 (S. 50—54).

4) Auch in dieser Beziehung weicht das HGB. vom BGB. ab; vgl. HGB. § 93.

erklärung zweier Personen, und kein einseitiges Rechtsgeschäft, wie z. B. die in der Stellung der Rechtsgeschäfte im BGB. dem Titel über den Mäklervertrag sogleich folgende Auslobung, ist, bedarf einer weiteren Ausführung nicht [1]); bezeichnet doch das Gesetzbuch selbst den 8. Titel des 7. Abschnitts als „Mäklervertrag", und spricht es in den §§ 653 und 655 desselben Titels von dem „vereinbarten" Mäklerlohn; auch in dem § 654 ist die Rede von einem Handeln des Mäklers dem Inhalt des „Vertrages" zuwider. Und dass der Mäklervertrag nach dem BGB. auch als ein selbständiger Vertrag eigener Art, welcher seinen eigenen besonderen Grundsätzen unterliegt [2]), anzusehen ist, dürfte in der Hauptsache schon daraus erhellen, dass das Gesetzbuch ihm, ebenso wie den anderen Verträgen bezw. Rechtsgeschäften, über welche es Bestimmungen getroffen hat, z. B. der Auslobung, dem Dienst- oder Werkvertrage, oder Auftrage, einen eigenen Titel widmet [3]).

b. Bestritten ist dagegen auch jetzt noch, wie schon früher im gemeinen Recht bezw. Preussischen Landrecht, die Frage, ob der Mäklervertrag als ein einseitig oder ein zweiseitig verpflich-

1) Hierüber herrscht, soweit ersichtlich, auch Einstimmigkeit.

2) Als ein contractus sui generis. — Vgl. u. a. Buchka § 19 unter I.

3) Dass der Mäklervertrag kein selbständiger Vertrag, sondern nur eine „Spezialart des Dienst- bezw. Werkvertrages" ist, wird auch für das Recht des BGB. noch behauptet von Düringer-Hachenburg (in den Vorbemerkungen zu §§ 93 ff. HGB. unter V 2); vgl. auch Staub im Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 2 (weiter unten S. 29, Anm. 1).

tender Vertrag bezw. als ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. des BGB. anzusehen ist [1]). Das BGB. hat, wie die Motive zu dem Entwurf desselben [2]) bezeugen, diese Frage nicht entscheiden wollen und sich daher mit der im § 652 Abs. 1 Satz 1 enthaltenen Bestimmung begnügt.

Beim einseitigen Vertrage entstehen auf der einen Seite nur Rechte, auf der anderen Seite nur Pflichten, beim zweiseitigen Vertrage entstehen auf beiden Seiten Rechte und Pflichten derart, dass die Rechte auf der einen Seite den Pflichten auf der anderen Seite entsprechen und umgekehrt; der gegenseitige (synallagmatische) Vertrag ist gleichfalls darauf gerichtet, Rechte und Verbindlichkeiten für beide Teile zu erzeugen, und insoweit ein zweiseitiger Vertrag, aber die rechtlichen Beziehungen stehen beim gegenseitigen Vertrage in einer derartigen Abhängigkeit, dass die Leistung eines jeden Teiles das Entgelt für die Leistung des anderen Teiles bildet; beide Verbindlichkeiten sollen eben wirtschaftlich gegeneinander ausgetauscht werden; die Verbindlichkeit des einen Teils ist ohne die Verbindlichkeit des anderen Teils nicht denkbar [3]). Nur für diese gegenseitigen Verträge, zu welchen z. B. u. a. der Kauf, die Miete, der Dienst- und Werkvertrag, gehören,

1) Die Literatur über diese Kontroverse ist eine ungemein reiche; vgl. im einzelnen unten unter α (S. 25) und β (S. 26).

2) Motive, Band II, S. 510, 511; vgl. weiter unten S. 31, 32.

3) Den Gegensatz bilden die sog. unvollkommen zweiseitigen Verträge, contractus bilaterales inaequales, z. B. der Auftrag; bei ihnen werden auf jeder Seite Haupt- und Nebenverpflichtungen unterschieden; letztere sind aber etwas Nebensächliches und mehr Zufälliges.

kommen die besonderen Bestimmungen des BGB. im 2. Titel des 2. Abschnittes des 2. Buches in den §§ 320–327 zur Anwendung.

α. Die Anhänger der ersten Theorie des einseitig verpflichtenden Vertrages[1]) anerkennen nur eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Entrichtung des versprochenen Mäklerlohnes, nicht dagegen auch eine Verpflichtung des Mäklers, sondern nur eine Berechtigung desselben, für den Auftraggeber tätig zu werden; sie konstruieren die Tätigkeit des Mäklers als Bedingung des von dem Auftraggeber abgegebenen Versprechens, welches, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend durch Entfaltung der Tätigkeit, von dem Mäkler acceptiert werde. Die gesamte Tätigkeit, welche der Mäkler für den Auftraggeber entfalte, entfalte er nicht, weil er sich dazu verpflichtet habe, nicht solvendi causa, sondern lediglich condicionis implendae causa[2]), weil er sich die versprochene Vergütung verdienen wolle; die Erfüllung der Bedingung des ihm gegebenen bedingten Zahlungsversprechens sei das einzige rechtliche Interesse, welches der Mäkler an der ganzen Sache habe, und welches ihn zu dieser Tätigkeit bestimmen könne. Werde dagegen der Mäkler im Sinne des Auftraggebers nicht tätig,

1) Reuling in besonders ausführlicher Darstellung a. a. O. S. 194, insbesondere S. 207—219 (er spricht zwar nur vom Grundstücksvermittler, doch steht nichts im Wege, diese Ansicht allgemein auf jeden bürgerlichrechtlichen Mäkler auszudehnen), ferner Burchard a. a. O. S. 287 ff., Bernhöft a. a. O. § 127, Endemann I § 176 unter 2a, Enneccerus-Lehmann I § 292 unter I 1, Siber, S. 19 ff..

2) Reuling a. a. O. S. 216.

so liege Ausfall der Bedingung (condicio deficiens) vor, und der Mäkler erhalte den versprochenen Mäklerlohn nicht; dieser sei eben nur zu zahlen, wenn nicht nur vom Mäkler vermittelt werde, sondern auch in ordnungsgemässer Weise, so wie es der Auftraggeber angeordnet habe, von ihm vermittelt werde.

Die Folge dieser fehlenden Verpflichtung des Mäklers ist naturgemäss eine Haftung desselben dem Auftraggeber gegenüber nur für dolus und nur nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.), nicht eine Haftung als Vertragsschuldner nach §§ 276 ff. BGB..

β. Im Gegensatz zur vorstehenden Theorie anerkennen die Anhänger der Theorie des zweiseitig verpflichtenden Vertrages [1]) ausser der Verpflichtung des Auftraggebers zur Entrichtung des Mäklerlohnes als zum

1) u. a. insbesondere Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte, § 60, insbesondere S. 415 ff., derselbe, System des bürgerlichen Rechts, II § 272 unter 3, Dernburg, BGB., II § 338 unter II, Goldmann-Lilienthal I § 180 unter I 2, Matthiass I § 124 unter II, Riesenfeld a. a. O. S. 277 und 839 ff., Neumann zu § 652 unter I 1 und 2, Oertmann in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 3a, und zu § 652 unter 1, Staudinger in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 6, und zu § 652 unter II 1, Planck in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter IV, Fischer-Henle zu § 652 unter 2 und 7, Meisner zu § 652 unter 2, Dörr a. a. O. unter IVa (S. 627 ff., auch 622), Lotmar S. 284, 285, Jacusiel S. 10, 14 ff., Woltersdorf S. 59,60, auch Staub im Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 2 und 28[2] (Haftung des Mäklers nach § 276 BGB.). — Als rein gegenseitigen Vertrag bezeichnen den Mäklervertrag, soweit ersichtlich, nur Cosack I § 152 unter V 1 und 2, sowie Schollmeyer im 8. Titel unter III.

Begriff des Mäklervertrages gehörend auch Verpflichtungen des Mäklers und zwar in zwei verschiedenen Richtungen: einerseits eine Verpflichtung des Mäklers zur Entwickelung einer Tätigkeit für den Auftraggeber entweder in dem von diesem geforderten Umfange, oder so wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine Tätigkeit von dem Mäkler erfordern, andererseits Verpflichtungen des Mäklers mehr allgemeiner Natur[1]), so insbesondere eine mehr oder minder — je nach dem, was der Auftraggeber dem Mäkler im Einzelfalle mitgeteilt hat, — ausgedehnte Verpflichtung zur Verschwiegenheit, zur Sorgfalt, Treue und Gewissenhaftigkeit bei der Ausführung des zu vermittelnden Geschäftes, Aufsuchung möglichst günstiger Vertragsbedingungen für den Auftraggeber, Unterlassung von Kollusionen mit dem Gegner und dergl. mehr, alle diese letzteren Verpflichtungen herleitend aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 157, 242 des BGB..

Im einzelnen gehen indess bei dieser Theorie die Ansichten sehr auseinander. Während die einen[2]) von den genannten Verpflichtungen des Mäklers nur die zur Sorgfalt, Treue und Gewissenhaftigkeit anerkennen, dagegen eine Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden für den Auftraggeber aus verschiedenen Gründen, insbesondere aus der praktischen

---

1) Diese Verpflichtungen des Mäklers anerkennen alle Anhänger dieser Theorie.

2) Insbesondere Riesenfeld, Planck, Staub, Goldmann-Lilienthal, Dörr, Woltersdorf, a. a. O..

Undurchführbarkeit einer derartigen Leistungsklage im Prozesswege bezw. im Zwangsvollstreckungsverfahren, als nicht zum Vertragsbegriff gehörend ablehnen, behaupten andere [1]) dementgegen, dass gerade diese Tätigkeitspflicht, weil denkbar und möglich, ein begriffliches Merkmal des Mäklervertrages bilde. Ob die Leistungsklage praktisch durchführbar sei, komme für die Festellung des Begriffs nicht weiter in Betracht; jedenfalls sei der Auftraggeber geschützt, wenn der Mäkler der übernommenen Verpflichtung zuwider nicht im Sinne des Auftraggebers tätig geworden sei, indem der Auftraggeber dann im Prozesswege gegenüber der Klage des Mäklers auf Zahlung des Mäklerlohnes die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes geltend machen könne; andererseits könne der Auftraggeber eine Schadensersatzklage gemäss § 283 BGB. anstellen, wozu erforderlich sei, dass auf die angestrengte Leistungsklage des Auftraggebers ein rechtskräftiges Urteil gegen den Mäkler ergangen sei; insofern habe die Leistungsklage doch erhebliche praktische Bedeutung.

Einige der vorgenannten Schriftsteller [2]) behaupten, dass, sobald der Mäkler diese Verpflichtung zum Tätigwerden für den Auftraggeber — ausdrücklich oder stillschweigend — übernommen habe, oder überhaupt nach bestimmten Weisungen und Anordnungen des Auftraggebers handle, ein Mäkler-

---

1) Insbesondere Crome, Dernburg, Meisner, Oertmann, a. a. O..

2) Insbesondere Riesenfeld, Goldmann-Lilienthal, Matthiass, a. a. O..

vertrag — jedenfalls im eigentlichen Sinne — überall nicht mehr vorliege, sondern ein Vertrag, welcher je nach Lage der Verhältnisse sich als Dienst- oder Werkvertrag charakterisiere und den für diese Verträge aufgestellten Rechtsnormen unterzuordnen sei; da nun aber Dienst- und Werkverträge zu den gegenseitigen Verträgen zählen, gelangen die Anhänger dieser Ansicht dazu, einen derartigen Mäklervertrag, welchen sie den Normen des Dienst- bezw. Werkvertrages unterstellt wissen wollen, — mögen sie denselben nun noch als Mäklervertrag bezeichnen [1]) oder nicht mehr, — als einen gegenseitigen Vertrag zu bezeichnen und die §§ 320 ff. des BGB. auf diesen Vertrag anzuwenden. — Cosack und Schollmeyer[2]) schliesslich gehen noch weiter: sie bezeichnen den Mäklervertrag direkt als einen gegenseitigen Vertrag im Sinne des BGB., da der Mäkler durch denselben die Verpflichtung übernommen habe, im Interesse des Auftraggebers für diesen tätig zu werden.

Zur Stellungnahme zu dieser Streitfrage wird im nachfolgenden mit Rücksicht darauf, dass das Gesetzbuch selbst wenig Material an die Hand gibt,

---

1) Staub — ebenso Dörr — sagt, trotzdem auf einen derartigen Vertrag neben den Bestimmungen über den Mäklervertrag auch diejenigen über den Dienst- bezw. Werkvertrag anzuwenden seien, bleibe dieser doch ein Mäklervertrag; denn Mäklervertrag sei kein Sonderbegriff, etwa wie Dienst- oder Werkvertrag, sondern ein allgemeiner Begriff, der auch das rechtliche Gewand eines Dienstvertrages oder Werkvertrages annehmen könne, ohne dadurch aufzuhören, der allgemeinen Kategorie des Mäklervertrages anzugehören.

2) Vgl. oben S. 26, Anm. 1 a. E..

um sich für die eine oder andere Ansicht zu entscheiden, zunächst die Entstehungsgeschichte des § 580 E. I (= § 652 Abs. 1 BGB.), sodann der Standpunkt der Motive zu diesem Entwurf dargelegt werden; gerade diese bieten in dieser Hinsicht sehr wertvolles Interpretationsmaterial, wenn sie auch den Wert einer authentischen Interpretation nicht besitzen[1]).

1. Dem § 580 E. I[2]) haben zur Grundlage gedient die im Sächsischen BGB. (1863) bezw. im sogen. Dresden'er Entwurf (1866) über den Mäklervertrag enthaltenen Bestimmungen[3]). Eine Vergleichung dieser Bestimmungen mit dem § 580 E. I ergibt deren fast wörtliche Übereinstimmung mit dem letzteren, nur mit dem Unterschied, dass eine dem

---

1) Vgl. zum folgenden insbesondere Woltersdorf S. 24, 25.

2) Vgl. auch altes HGB. Art. 82 (oben S. 18).

3) 1. §§ 1254, 1255 des Sächsischen BGB.: (§ 1254) „Hat jemand einem Anderen für die Nachweisung einer zur Eingehung eines Vertrages geeigneten Person oder für die Nachweisung einer Sache oder für die Vermittelung eines Vertrages einen Lohn (Mäklergebühr) versprochen, so kann der Mäkler die Mäklergebühr nur fordern, wenn derjenige, welcher sie versprochen hat, mit der nachgewiesenen Person, oder über die nachgewiesene Sache, oder infolge der Vermittelung des Mäklers den Vertrag schliesst." (§ 1255) „Eine Klage auf Nachweisung oder Vermittelung findet wider den Mäkler nicht statt."

2. Der Art. 675 des Dresden'er Entwurfs entspricht dem § 1254 mit 2 Zusätzen:

a. dass der Mäkler zur Nachweisung oder Vermittelung nicht verpflichtet ist,

b. dass der Mäkler für den Fall, dass der vermittelte Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden ist, erst nach Eintritt der Bedingung den Lohn fordern kann (= § 652 Abs. 1 Satz 2 des jetzigen BGB.).

§ 1255 entsprechende Vorschrift in den E. I nicht aufgenommen worden ist [1]).

Dass nach diesen vorstehend zitierten Bestimmungen der Mäklervertrag die Natur eines einseitig, nur den Auftraggeber zu einer Leistung verpflichtenden Vertrages hat, ergibt mit Sicherheit der Wortlaut des § 1255 bezw. Art. 675, welche (§ 1255) dem Auftraggeber eine Klage gegen den Mäkler auf Nachweisung oder Vermittelung versagen, bezw. (Art. 675) ausdrücklich festlegen, dass der Mäkler zur Nachweisung oder Vermittelung nicht verpflichtet ist.

2. Der Standpunkt der Motive in dieser Frage ist schon oben [2]) kurz hervorgehoben: sie erachten die Aufnahme besonderer Vorschriften, wie sie das Sächsische BGB. und der Dresden'er Entwurf über den Mäklervertrag enthalten, in den Entwurf „teils als entbehrlich, teils auch als bedenklich"; zu den Vorschriften der letzteren Art gehöre namentlich die Bestimmung, dass der Mäklervertrag den Mäkler nur berechtige, nicht auch verpflichte, der Mäkler mithin auf Grund des Vertrages zur Aufwendung von Bemühungen im Interesse des Auftraggebers nicht angehalten werden könne, und wegen eines Verschuldens bei Ausrichtung seiner Dienste dem Auftraggeber nicht aus dem Vertrage, sondern nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 705 [3])) verantwortlich sei. Unleugbar seien im

---

1) Weshalb nicht, darüber geben die Motive Auskunft, vgl. weiter unten unter 2 (S. 31, 32).

2) S. 24.

3) Jetzt §§ 823 ff. BGB..

praktischen Leben die Fälle nicht selten, in welchen der Mäklervertrag die Bedeutung habe, von welcher das Sächsische Gesetzbuch (§ 1255) und der Dresdener Entwurf (Art. 675) ausgingen. Ebensowenig lasse sich aber leugnen, dass der Vertrag mitunter einen anderen Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages, durch welchen der Mäkler bestimmte Verpflichtungen übernehme, an sich trage; die Richtigkeit dieser Tatsache erhelle schon aus dem dem Handelsverkehr angehörenden Mäklervertrage und den auf diesen sich beziehenden Vorschriften des HGB. (vgl. Art. 81 a. F.). . . . . Es sei daher bedenklich, für den bürgerlichen Mäklervertrag, welcher erfahrungsgemäss in der verschiedensten Gestalt und mit dem abweichendsten Inhalt vorkomme, so häufig derselbe auch in der Gegenwart sein möge, eine Rechtsregel aufzustellen, welche für viele Fälle passe, während sie für andere Fälle unpassend erscheine, und verdiene es deshalb den Vorzug, sich der Entscheidung, wie der Mäklervertrag in der fraglichen Beziehung aufzufassen sei, zu enthalten und auch von einer einfachen, für Zweifelsfälle berechneten Auslegungsregel abzusehen Das Gesetz werde dadurch nicht lückenhaft; verhalte es sich schweigend, so werde in jedem einzelnen Falle der Parteiwille aus den konkreten Umständen unter gebührender Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 359 [1])) ermittelt werden müssen [2]).

3. Das BGB. selbst schweigt sich ja, wie schon

1) Jetzt §§ 242, 157 BGB..
2) Motive, Band II, S. 510, 511.

hervorgehoben, über die rechtliche Natur des Mäklervertrages aus; insbesondere gibt der § 652 Abs. 1 keinen Anhalt für die Richtigkeit der einen oder anderen Ansicht; in ihm ist vielmehr nur die Rede von dem seitens des Auftraggebers dem Mäkler gegebenen Versprechen, ihm einen Mäklerlohn zu zahlen unter der dort statuierten Bedingung, also von einer bedingten Leistungspflicht des Auftraggebers, nicht dagegen von irgendwelcher Verpflichtung des Mäklers.

Einen indirekten Schluss, welchen Standpunkt das Gesetzbuch in dieser Frage einnimmt, gestattet eine Vergleichung der Formulierung des § 652 Abs. 1 Satz 1 mit derjenigen der §§ 611, 631, 662 BGB. (Begriffe des Dienst- bezw. Werkvertrages bezw. Auftrages): Während nämlich in diesen Paragraphen die Rede ist von der Verpflichtung des Dienstnehmers bezw. des Unternehmers bezw. des Beauftragten zur Leistung der versprochenen Dienste bezw. zur Herstellung des versprochenen Werkes bezw. zur Besorgung des übertragenen Geschäftes, ist im § 652 Abs. 1 Satz 1 lediglich die Rede von dem — bedingten — Versprechen eines Mäklerlohnes seitens des Auftraggebers an den Mäkler; von einer Verpflichtung des letzteren zum Tätigwerden ist nicht die Rede! Daraus kann man durch argumentum e contrario schliessen, dass das Gesetzbuch den Mäklervertrag — wenigstens grundsätzlich — nicht als zwei- bezw. gegenseitigen Vertrag aufgefasst wissen will; hätte es doch sonst sicher eine den oben genannten Paragraphen entsprechende Formulierung gewählt!

Auch der Umstand, dass das Gesetzbuch im § 652 Abs. 2 dem Mäkler einen Anspruch auf Ersatz der von ihm gemachten Aufwendungen nur im Falle einer besonderen dahingehenden Vereinbarung gewährt, während bei anderen Verträgen, z. B. Miete, Leihe, Auftrag, Verwahrung, dieselbe Bestimmung — weil unnötig [1]) — fehlt, gestattet gleichfalls durch argumentum e contrario den Schluss, dass das Gesetzbuch den Mäklervertrag — wenigstens grundsätzlich — nicht, wie diese letztgenannten Verträge, als zweiseitigen Vertrag behandelt wissen will; wäre doch anderenfalls jene Bestimmung des Abs. 2 im § 652 als überflüssig sicher fortgelassen!

Es sind in der Literatur zu dieser Streitfrage noch sonst die verschiedensten Gründe für bezw. gegen die eine oder andere Ansicht angeführt worden; sie geben aber u. E. sämtlich nicht viel her, um sich definitiv für die eine Ansicht zu entscheiden und die gegenteilige zu verwerfen [2]).

U. E. muss man es überhaupt ablehnen, die eine oder die andere Ansicht als die einzige und alleinige Struktur des Mäklervertrages zu vertreten; denn dazu liegen die Fälle, wie die Motive [3]) mit Recht hervorheben,

---

1) Denn der Ersatz der Aufwendungen ist eine Folge der allgemeinen Leistungspflicht des Schuldners.

2) So z. B. die Kündigungsbefugnis, welche beiden Teilen zuzusprechen ist — darüber weiter unten S. 96—98, und welche sich sowohl vom Standpunkt des einseitigen als auch des zweiseitigen Vertrages verteidigen lässt; vgl. Staudinger in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 4 c. — Auch der wirtschaftliche Zweck des Mäklervertrages ist herangezogen worden; vgl. Woltersdorf S. 27 und die dort zitierten.

3) Vgl. oben S. 32.

denn doch im praktischen Leben zu verschieden. So hat auch das Gesetzbuch es mit gutem Recht vermieden, durch irgendwelche Formulierung der einen oder der anderen Ansicht den Vorzug zu geben.

U. E.[1]) muss man, wie dies auch die Motive zum Entwurf[2]) tun, unterscheiden zwischen einem reinen Mäklervertrag, im eigentlichen Sinne, und einem gemischten Mäklervertrage, im uneigentlichen Sinne, einem negotium mixtum, nämlich einem Mäklervertrag, verbunden mit einem Dienst- oder Werkvertrag oder Auftrag. Der ersteren Art des Mäklervertrages fehlt stets grundsätzlich die Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden im Sinne des Auftraggebers; er ist zweifellos ein einseitiger Vertrag: lediglich ein bedingtes Zahlungsversprechen des Auftraggebers gegenüber dem Mäkler, ohne Verpflichtung des letzteren.

Hinzukommen kann nun aber, dass der Mäkler eine derartige Verpflichtung vertragsgemäss übernimmt; auch dann bleibt ein „Mäklervertrag" bestehen, welcher aber gleichzeitig Bestandteile des Dienst- bezw. Werkvertrages bezw. Auftrages in sich enthält; in diesem Falle kommt man sodann aber auch dahin, einen derartigen Vertrag — mag man ihn nun noch als Mäklervertrag bezeichnet wissen oder bereits behaupten wollen, er sei eben schon

---

1) Ebenso insbesondere Planck und Staub; übereinstimmend auch Woltersdorf, Goldmann-Lilienthal.

2) Vgl. oben S. 31, 32.

ein Dienst- oder Werkvertrag[1]) — unter die Kategorie der gegenseitigen Verträge zu bringen und die §§ 320 ff. des BGB. auf ihn anzuwenden.

Bevor der Mäkler tätig geworden ist, liegt weiter nichts vor, als ein bedingtes einseitiges Zahlungsversprechen des Auftraggebers; mit dem Moment aber, in welchem der Mäkler für den Auftraggeber tätig wird, übernimmt er auch Verpflichtungen, nämlich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit, sowie die Verpflichtung zur Sorgfalt, Treue und Gewissenhaftigkeit. Damit ist sodann die Natur des zweiseitigen Vertrages gegeben.

Übernimmt nun gar der Mäkler hierzu noch die Verpflichtung, für den Auftraggeber tätig zu werden, so sind damit auch die Voraussetzungen des gegenseitigen Vertrages gegeben, indem die beiden Verpflichtungen bezw. Rechte des Auftraggebers und des Mäklers in wechselseitiger Beziehung und in gegenseitiger Abhängigkeit stehen, da der Auftraggeber nicht früher verpflichtet ist, den Mäklerlohn zu zahlen, als bis der Mäkler seiner Verpflichtung, für den Auftraggeber tätig zu werden, nachgekommen ist[2]).

Im praktischen Leben wird u. E. jene Form des reinen Mäklervertrages wohl kaum, wenigstens sehr selten, vorkommen; sie wird mehr theoretischer

---

1) Als „Auftrag" wird man einen derartigen Vertrag niemals bezeichnen können, da der Auftrag nach der im § 662 BGB. getroffenen Begriffsbestimmung notwendig unentgeltlich ist, derselbe auch kein gegenseitiger Vertrag ist.

2) Der Auftraggeber hat also m. a. W. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) aus § 320 BGB..

Natur sein. Regelmässig wird vielmehr die andere Form des Mäklervertrages sein, in welcher der Mäkler Verpflichtungen übernimmt; dies dürfte sich schon daraus erklären, dass sehr viele Mäkler bei Übernahme des Auftrages Vorschüsse zu nehmen pflegen, und damit — zum mindesten stillschweigend — auch gewisse Verpflichtungen übernehmen, sei es nun, dass sie sich bereits ausdrücklich verpflichten, im Sinne des Auftraggebers tätig zu werden, sei es, dass sie durch das Anfordern eines Vorschusses doch schon nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zur Verschwiegenheitspflicht, zur Verpflichtung zur Sorgfalt und Treue und zu anderen ähnlichen Verpflichtungen gezwungen sind.

Abschliessend sei hier noch kurz auf die Klage des Auftraggebers gegen den Mäkler auf Erfüllung, d. h. auf Entfaltung der Tätigkeit, eingegangen. Eine derartige Klage kann natürlich nur in Frage kommen, wenn man einen zweiseitigen Mäklervertrag vor sich hat. Die Durchführung derselben indess ist u. E. schon im Prozesswege unmöglich; sicher hat sie im Zwangsvollstreckungsverfahren keinen Wert[1]). Denn der § 253 Ziff. 2 der ZPO.

1) Die Frage ist durchaus nicht unbestritten: Anhänger der hier vertretenen Ansicht sind insbesondere Woltersdorf S. 33, 34, Riesenfeld a. a. O. S. 275, 276, Rocholl a. a. O. S. 84. — Die Klage gewähren u. a. insbesondere Dernburg, BGB., II § 338 unter II, und Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte, § 60 (insbesondere S. 418, Note 16), sowie derselbe, System des bürgerlichen Rechts, II § 272 unter 3. — Diese letztere Ansicht hat das für sich, dass der Auftraggeber auf Grund eines derartigen, dem gestellten Antrage entsprechenden rechtskräftigen Urteils gemäss § 283 BGB. nach Fristsetzung unter Ablehnung der Leistung sein Interesse verlangen kann.

erfordert für die Klageerhebung „eine bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.“ Beide Angaben lassen sich aber bei dieser Klage nicht — wenigstens nicht bestimmt — machen; insbesondere wird der Antrag stets der erforderlichen Bestimmtheit entbehren, da er immer nur darauf gerichtet sein kann, den beklagten Mäkler zu verurteilen, im Sinne des Auftraggebers tätig zu werden, also bestimmte Handlungen, welche im übrigen völlig dem freien Ermessen des Mäklers überlassen bleiben müssen, vorzunehmen, sei es nun eine Gelegenheit für einen Vertragsschluss, z. B. Verkauf eines Wohnhausgrundstücks, nachzuweisen, oder einen derartigen Vertrag sogleich zu vermitteln. Ein richterliches Erkenntnis in der angegebenen Richtung — einem derartig gestellten Antrag entsprechend — wird daher u. E. als gegen § 253 ZPO.[1]) verstossend, nicht ergehen dürfen. Aber auch zugegeben, ein derartiges, den beklagten Mäkler zur Leistung verurteilendes Erkenntnis verstosse nicht gegen § 253 ZPO., so ist doch die Durchführung eines solchen Urteils im Zwangsvollstreckungsverfahren unmöglich: die Anwendung des § 887 der ZPO. wird aus dem Grunde meist ausgeschlossen sein, weil die Mäklertätigkeit — wenigstens regelmässig[2]) — als eine fungible Handlung nicht wird

---

1) § 253 ZPO. ist Mussvorschrift.

2) Ausnahme bei Woltersdorf S. 35; für „stets“ nicht fungible Handlung: Rocholl und Riesenfeld a. a. O..

angesehen werden können, die Anwendung des § 888 der ZPO. (nicht fungible Handlung) aus dem Grunde, weil es an der daselbst statuierten Voraussetzung, dass „die vorzunehmende Handlung ausschliesslich von dem Willen des Schuldners — d. h. Mäklers — abhängen muss", bei der Mäklertätigkeit fehlt.

§ 6.

4. Unterschiede und Abgrenzung des zivilrechtlichen Mäklervertrages (a) von anderen Vertragsverhältnissen des BGB., insbesondere vom Auftrag, Dienstvertrag und Werkvertrag, sowie (b) vom handelsrechtlichen Mäklervertrag.

Wie oben [1]) bereits dargelegt, ist der Mäklervertrag ein Vertrag, weiter ein selbständiger Vertrag [2]). Die allgemeinen Bestimmungen über Verträge (§§ 145 ff. BGB.) werden darnach bei jedem Mäklervertrage anzuwenden sein, die besonderen Bestimmungen über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff. BGB.) dagegen nur, wenn ein sog. uneigentlicher Mäklervertrag, d. h. ein mit einem Dienst- oder Werkvertrag verbundener Mäklervertrag, vorliegt.

---

1) Vgl. S. 22, 23.

2) Dass die wenigen Bestimmungen des BGB. über den Mäklervertrag eine erschöpfende Regelung desselben nicht enthalten, bedarf keiner weiteren Hervorhebung.

Im nachfolgenden sind nunmehr noch einerseits (a) die Unterschiede des Mäklervertrages von den anderen Vertragsverhältnissen des BGB., insbesondere vom Auftrag, Dienst- und Werkvertrag, hervorzuheben, und andererseits (b) ist der zivilrechtliche Mäkler im Gegensatz zum handelsrechtlichen Mäkler einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

a. Unterschiede von anderen Vertragsverhältnissen des BGB..

α. Der Unterschied des Mäklervertrages vom Auftrage ist bereits oben [1]) hervorgehoben worden. Der Auftrag ist nach der Auffassung des BGB. stets ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, der Mäklervertrag ist dagegen stets entgeltlich [2]).

β. Schwieriger ist der Unterschied des Mäklervertrages vom Dienst- bezw. Werkvertrage.

Um zunächst einmal den Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag festzustellen: beim Dienstvertrag verpflichtet sich der Dienstnehmer zur Leistung bestimmter versprochener, im Zweifel persönlicher, Dienste der verschiedensten Art; beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, oder zur Herbeiführung eines anderen Erfolges; bei beiden Verträgen wird auf Seiten des Dienstberechtigten bezw. des Bestellers die Entrichtung der vereinbarten

---

1) Vgl. S. 36, Anm. 1.

2) Ein weiterer Unterschied ist der, dass das Mäklergeschäft vom Mäkler nicht ausgeführt — wie der Auftrag vom Beauftragten —, sondern nur vermittelt zu werden braucht.

Vergütung zugesagt. Beide Verträge stimmen darnach darin überein, dass sie notwendig entgeltlich sind, und ferner auf beiden Seiten wechselseitige Rechte und Verpflichtungen enthalten, also gegenseitige Verträge sind; sie unterscheiden sich von einander nur durch den Gegenstand des Vertrages.

Der Unterschied des eigentlichen Mäklervertrages nun vom Dienst- bezw. Werkvertrage liegt darin, dass diese Art des Mäklervertrages, wie schon oben[1]) hervorgehoben, kein gegenseitiger Vertrag ist, sondern nur ein einseitiger, bei welchem die Verpflichtung auf Seiten des Mäklers fehlt.

Der Unterschied des uneigentlichen Mäklervertrages vom Dienst- bezw. Werkvertrage liegt in dem Gegenstande des Vertrages. Gegenstand des Mäklervertrages ist nach der Begriffsbestimmung des § 652 Abs. 1 Satz 1 eine Tätigkeit des Mäklers, welche bestehen kann entweder in dem blossen Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages, oder in der Vermittelung eines solchen; Gegenstand des Dienstvertrages ist nach § 611 Abs. 1 die Leistung der versprochenen Dienste, Gegenstand des Werkvertrages nach § 631 Abs. 1 und 2 die Herstellung des versprochenen Werkes oder ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg.

Gegenstand des Dienstvertrages sind also Dienste der verschiedensten Art, welche der Dienstverpflichtete zu leisten und der Dienstberechtigte zu vergüten ver-

1) Vgl. S. 35.

spricht, der Mäklervertrag dagegen geht nicht auf die Leistung der versprochenen Dienste als solcher, sondern vielmehr auf ein bestimmtes Resultat, auf einen bestimmten Erfolg, für dessen Herbeiführung der Mäkler den versprochenen Mäklerlohn erhält: der Mäkler hat bei diesem — uneigentlichen — Mäklervertrag die Verpflichtung, die Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder einen Vertrag zu vermitteln, zum mindesten die Verpflichtung, sich um das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages den Umständen entsprechend zu bemühen.

Dies letztere Moment, die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, hat dieser Mäklervertrag mit dem Werkvertrag gemein; zwischen diesen beiden Verträgen ist überhaupt die Abgrenzung sehr schwierig. Oertmann[1]), welcher diesen Mäklervertrag überhaupt nur als eine „besondere Abzweigung des Werkvertrages" betrachtet wissen will, will eine Eigentümlichkeit dieses Mäklervertrages darin sehen, dass das herzustellende Werk noch als ein unsicheres, nur möglicherweise herzustellendes angesehen werde, und daher sich weder der Mäkler zur Ausführung, noch der Auftraggeber zur Lohnzahlung schlechthin verpflichte. Woltersdorf[2]) sieht einen Unterschied zwischen beiden Verträgen darin, dass beim Werkvertrag der Lohn tatsächlich für das Werk gezahlt werde: Sachleistung im Sinne der Leistung eines Produktes, der Herbeiführung eines Erfolges, sei der

1) Oertmann in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 3b.
2) Woltersdorf S. 8.

wirtschaftliche Zweck des Werkvertrages, während beim Mäklervertrag der Lohn für die Nachweis- bezw. Vermittlertätigkeit des Mäklers gezahlt werde, aber unter der ganz ausserhalb dieser Tätigkeit liegenden Bedingung eines Erfolges [1]).

b. Der zivilrechtliche Mäklervertrag im Gegensatz zum handelsrechtlichen [2]).

Den Begriff des letzteren gibt das neue HGB. im § 93: Handelsmäkler ist, wer gewerbsmässig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein [3]), die Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt. Als solche Verträge werden im Abs. 1 desselben Paragraphen besonders hervorgehoben: Verträge über Anschaffung oder Veräusserung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete. Im Abs. 2 desselben Paragraphen sind dagegen andere als die bezeichneten Geschäfte, insbesondere Geschäfte über unbewegliche Sachen, als Gegenstand

---

1) Erwähnt werden mag hier noch eine Mittelmeinung von Enneccerus-Lehmann (I § 292 unter I 2): der uneigentliche Mäklervertrag stehe zwischen Dienst- und Werkvertrag in der Mitte; versprochen werde nur die Dienstleistung, nicht der Erfolg, gezahlt aber werde nur für den Erfolg, nicht für die Dienstleistung.

2) Vgl. zu diesem Abschnitt die in dem Literaturverzeichnis angegebenen handelsrechtlichen Kommentare von Goldmann, Staub, Lehmann-Ring und Gareis, sämtlich zu § 93 HGB..

3) Das ist die Abgrenzung des Mäklers vom Handlungsagenten (Begriffsbestimmung desselben im § 84 des HGB.).

des handelsrechtlichen Mäklervertrages ausdrücklich ausgeschlossen, selbst dann, wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgen sollte.

Es scheiden darnach für das Gebiet des handelsrechtlichen Mäklers aus alle Nicht-Handelsgeschäfte, insbesondere[1]) die Geschäfte der Grundstücks-, Häuser-[2]) und Gütermäkler, ferner der Hypothekenmäkler [3]), der Stellenvermittler [4]) sowie der Heiratsmäkler [5]); sie alle unterstehen lediglich den Vorschriften des BGB.; die Bestimmungen des HGB. finden auf sie selbst dann keine Anwendung, wenn im konkreten Fall der Vermittler eines derartigen Geschäfts Handelsmäkler ist [6]).

---

1) Gemäss Abs. 2 des § 93 HGB..

2) Auch Nachweis nur von Wohnräumen würde hierher gehören.

3) Staub (im Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 1) bemerkt zu diesen: „Die Beleihung von Grundstücken durch Geldgeber sei zwar, wenn gewerbsmässig betrieben, ein Handelsgewerbe nach § 1 Ziff. 4 HGB.; gleichwohl könne man nicht sagen, dass der Geldbeleihungsvertrag ein Gegenstand des Handelsverkehrs im Sinne des § 93 HGB. sei; denn es sei ein Geschäft über eine unbewegliche Sache (§ 93 Abs. 2)".

4) mögen sie im Einzelfall Dienste niederer Art vermitteln, z. B. Gesindemäkler sein, oder aber Dienste höherer Art, z. B. Theaterengagementsverträge, vermitteln (nicht abschliessen!). Besonderheit für sämtliche Dienstvermittelungsverträge im § 655 BGB.; vgl. weiter unten § 13 (S. 78—80).

5) Besonderheit für diese im § 656 BGB.; vgl. weiter unten den IV. Abschnitt (§ 18), S. 98—106.

6) Die Kaufmannseigenschaft des Mäklers ist ohne Einfluss: der „Handelsmäkler" ist Kaufmann unter der Voraussetzung des § 1 Ziff. 7 HGB., der „bürgerliche Mäkler" kann Kaufmann werden unter der Voraussetzung des § 2 HGB..

Ein weiterer wichtiger prinzipaler Unterschied zwischen beiden Mäklerarten ist der, dass der handelsrechtliche Mäkler stets gewerbsmässig Handelsgeschäfte vermittelt, während dieses Moment der gewerbsmässigen Tätigkeit dem Begriff des bürgerlichrechtlichen Mäklers fehlt; für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes ist es daher gleichgültig, ob der Mäkler gewerbsmässig tätig ist oder nicht; letztere Kategorie pflegt man als „Gelegenheitsmäkler" zu bezeichnen. Diese letzteren Personen unterstehen also niemals den Bestimmungen des HGB., auch dann nicht, wenn sie im konkreten Fall Handelsgeschäfte vermitteln, weil sie eben nicht gewerbsmässig tätig sind. Erwähnt werden mag schliesslich noch — auch dies würde ein weiterer Unterschied zwischen beiden Mäklerarten sein —, dass das HGB. nur den „Vermittelungsmäkler", das BGB. dagegen neben diesem auch noch den „Nachweismäkler" kennt; ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung beider besteht indess nicht [1]).

Dass die Bestimmungen des Handelsrechts über Mäkler (HGB. §§ 93—104) denjenigen des bürgerlichen Rechtes über Mäkler vorgehen, und letztere nur subsidiär — beim Fehlen besonderer handelsrechtlicher Bestimmungen — zur Anwendung gelangen, ergibt sich aus EGHGB. Art. 2.

---

1) Weitere Unterschiede in Einzelheiten sind bereits oben (S. 22 in den Anm.) hervorgehoben worden. — Eine Reihe einzelner besonderer, nur für den handelsrechtlichen Mäkler geltenden Verpflichtungen sind in den §§ 94, 96, 97, 98, 100, 101 HGB. enthalten; vgl. daselbst.

II. Die Rechte und Pflichten des Mäklers aus dem Mäklervertrage.

1. Die Rechte des Mäklers.

Die Rechte des Mäklers — oder die Pflichten des Auftraggebers — gehen bei beiden Arten des Mäklervertrages (a) auf Zahlung des Mäklerlohnes (§§ 7—14) sowie (b) auf Ersatz der von dem Mäkler gemachten Aufwendungen (§ 15). Dabei ist indess das erstere Recht des Mäklers das bei weitem wichtigere; denn, wie das Gesetzbuch ausdrücklich bestimmt hat [1]), kann der Mäkler Ersatz seiner Aufwendungen nur im Falle einer besonderen dahingehenden Vereinbarung beanspruchen.

a. Der Anspruch des Mäklers auf Zahlung des Mäklerlohnes.

Im nachfolgenden werden zunächst (α) die Voraussetzungen dieses Anspruches (§§ 7—10), und sodann (β) der Inhalt desselben (§§ 11—14) besprochen werden.

α. Die Voraussetzungen des Anspruches (§§ 7—10).

Die dem Mäkler für seine Tätigkeit gebührende Vergütung bezeichnet das Gesetzbuch selbst in dem § 652 Abs. 1 Satz 1 als Mäklerlohn [2]); ebendaselbst sind auch die Voraussetzungen dieses Anspruches auf Zahlung eines Mäklerlohnes enthalten, für deren

1) Im § 652 Abs. 2.

2) Ebenso neues HGB. § 99; altes HGB. Art. 82: Mäklergebühr (Sensarie). Andere Ausdrücke sind Courtage, Provision.

Vorhandensein im Streitfalle der Mäkler beweispflichtig ist; dieselben sind folgende [1]):

1. (§ 7) Es muss ein Mäklervertrag zwischen Auftraggeber und Mäkler abgeschlossen worden sein;
2. (§ 8) Der Mäkler muss auf Grund dieses Vertrages eine gewisse Tätigkeit für den Auftraggeber entwickelt haben;
3. (§ 9) Der zu vermittelnde Vertrag muss in rechtswirksamer Weise zustande gekommen sein;
4. (§ 10) Zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Vertrages muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen.

§ 7.

αα. Die erste Voraussetzung.

Die erste Voraussetzung ist: Es muss ein Mäklervertrag zwischen Auftraggeber und Mäkler abgeschlossen worden sein; der Auftraggeber einerseits muss die Zahlung eines Mäklerlohnes versprochen haben, der Mäkler andererseits muss dieses Versprechen — sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend — angenommen haben [2]); dies letztere ergibt sich aus der Vertragsnatur des Mäklervertrages; dabei ist es unerheblich, ob der Mäkler sich nebenher noch verpflichtet hat, für den Auftraggeber tätig

1) Diese Einteilung hat Planck in den Bemerkungen zu § 652 unter 3.

2) Die Einhaltung einer Form, z. B. der Schriftlichkeit oder gar der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wird für den Mäklervertrag vom Gesetzbuch nicht erfordert, selbst dann nicht, wenn für den zu vermittelnden Vertrag eine Form im Einzelfall vorgeschrieben ist.

zu werden, oder nicht. Ob aber der Mäkler das Versprechen des Auftraggebers, mit welchem dieser an ihn herantritt, annehmen will, steht zu seinem freien Ermessen; insbesondere kann er es, wie er es stillschweigend annehmen kann, so auch stillschweigend ablehnen, ohne dass in seinem Schweigen eine Zustimmung gefunden zu werden braucht [1]).

Immer aber muss ein ausdrückliches oder stillschweigendes Zahlungsversprechen des Auftraggebers an den Mäkler vorliegen; ist dies nicht der Fall, so kann der Mäkler, selbst wenn durch seine Tätigkeit ein Vertragsschluss herbeigeführt wird, einen Mäklerlohn nicht beanspruchen; es liegt eben in der Natur des Mäklervertrages, dass dieser sich — wenigstens regelmässig — nur auf zukünftige, d. h. dem Versprechen des Mäklerlohnes nachfolgende, nicht auf diesem vorhergegangene Dienste des Mäklers bezieht [2]); man wird freilich dabei die Möglichkeit zugeben müssen, dass, wenn der Mäkler zunächst auch ohne Auftrag tätig geworden ist, nachträglich noch ein Mäklervertrag abgeschlossen werden kann [3]).

Wie auf Seiten des Mäklers die Annahme des Antrages nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht, sondern auch stillschweigend erklärt werden kann, so kann auch auf Seiten des Auftraggebers ein still-

1) Anders, wenn der Mäkler Kaufmann ist: § 1 Ziff. 7, § 2, § 362 HGB..

2) OLG. (Colmar) Bd. 9, S. 7; anders OLG. (Dresden) Bd. 9, S. 8.

3) Diesen Fall erwähnt Planck — zu § 652 unter 3a — ausdrücklich; er liegt der Entscheidung in OLG. (Dresden) Bd. 9, S. 8 (vgl. vorh. Anm.) zu Grunde.

schweigendes Zahlungsversprechen dann vorliegen, wenn letzterer sich eine Tätigkeit des Mäklers gefallen lässt[1]); doch wird das blosse Dulden einer Vermittelung nie zum Vertragsabschluss genügen, vielmehr wird man verlangen müssen, dass der Auftraggeber, wenn er die Mäklertätigkeit nicht geradezu als solche entgegennimmt, zum mindesten doch sich dieselbe mit dem Bewusstsein, dass die Tätigkeit als eine zu vergütende entwickelt werde, gefallen lässt; man wird vom Mäkler den Beweis fordern müssen, dass der Auftraggeber erkannt habe oder bei vernünftiger Ueberzeugung habe erkennen müssen, der Mäkler entwickele seine Tätigkeit gerade in seinem, des Auftraggebers, Interesse, wolle gerade ihm Dienste leisten[2]).

Wenn dem Mäkler ein derartiger Nachweis gelingt, wird man mit dem § 653 Abs. 1 BGB.[3]) sagen können: „die dem Mäkler — stillschweigend — übertragene Leistung ist den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten“[4]), und ein Mäklerlohn gilt daher als stillschweigend vereinbart.

Das Gesetzbuch verlangt aber im § 653 Abs. 1[5]) eine „übertragene“ Leistung: ohne Tätigkeit des Auftraggebers auch keine Tätigkeit des Mäklers. Dass

1) Vgl. RG. in JW. 1901, S. 144, No. 30.

2) So das OLG. Dresden in einer Entscheidung in DJZ. 1904, S. 272.

3) Vermutung der Entgeltlichkeit des Mäklervertrages (Riesenfeld a. a. O. S. 288).

4) Das ist im Einzelfalle objektiv zu beurteilen: OLG. (Posen) Bd. 3, S. 95.

5) Ueber die Entstehungsgeschichte des § 653 vgl. oben S. 17, 18 dieser Abhandlung.

diese Tätigkeit des Auftraggebers aber auch stillschweigend vor sich gehen kann, ist vorhergehend betont worden. Das Gesetzbuch hat durch diese Formulierung nur solche Fälle ausschliessen wollen, in welchen der Mäkler aus eigener Initiative, „unaufgefordert", d. h. ohne — ausdrückliches oder stillschweigendes — Handeln des Auftraggebers, tätig wird [1]).

§ 8.

ββ. Die zweite Voraussetzung.

Weitere Voraussetzung des Anspruches des Mäklers auf Zahlung des Mäklerlohnes ist, dass der Mäkler auf Grund dieses vorerwähnten abgeschlossenen Mäklervertrages eine gewisse Tätigkeit für den Auftraggeber entwickelt hat. Das Gesetzbuch unterscheidet [2]) in dieser Richtung zwischen einem Nachweismäkler und einem Vermittelungsmäkler; ersterer weist lediglich eine Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nach, letzterer vermittelt — weitergehend — einen Vertrag.

Wie auch wir mit Oertmann [3]) annehmen, ist der Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsschluss offenbar das geringere gegenüber der Vertragsvermittelung; was freilich im einzelnen zu dem einen bezw. dem anderen gehört, ist zu verschiedenartig und lässt sich nur nach den Umständen des einzelnen

1) Vgl. OLG. (Posen) Bd. 4, S. 239.
2) Im § 652 Abs. 1 Satz 1.
3) Oertmann zu § 652 unter 1.

Falles feststellen [1]). Ganz allgemein ausgedrückt besteht die Tätigkeit des Mäklers in der Vorbereitung eines für seine Person fremden Geschäftes, er ist Hülfsperson beim Zustandebringen von Vertragsschlüssen [2]). Dabei ist er indess doch weder Bote noch Stellvertreter; denn er ist einmal weder blosses „Werkzeug" des Auftraggebers, dessen Anträge und Erklärungen er als Bote lediglich dem Gegenkontrahenten zu übermitteln hätte, noch schliesst er als Stellvertreter einen Vertrag im Namen seines Auftraggebers mit Wirkung für und gegen diesen ab. Der Mäkler steht vielmehr gewissermassen zwischen Boten und Stellvertreter; dem Boten gegenüber ist er selbständig tätig, dem Stellvertreter gegenüber vermittelt er nur, schliesst nicht ab, seine Tätigkeit berechtigt bezw. verpflichtet niemals seinen Auftraggeber, wie diejenige des Stellvertreters; er leistet stets nur faktische Dienste, nie juristische [3]).

Diese faktischen Dienste sind nun freilich am geringsten bei dem Nachweismäkler, wie er heutzutage sich regelmässig bei den Stellenvermittelungen und Wohnungsvermietungen vorfindet; hier wird es sich regelmässig nur darum handeln, einen Gegenkontrahenten zu benennen. Von dem Vermittelungsmäkler wird freilich schon mehr erfordert, er soll beim Zustandekommen des Vertrages mitwirken, und zum mindesten die gegenseitigen Erklärungen über-

---

1) Den Begriff der „Vermittelung" des Vertrages begrenzt OLG. (Braunschweig) Bd. 9, S. 6.

2) So Woltersdorf S. 7.

3) Riesenfeld a. a. O. S. 266.

mitteln, sowie den Parteien die äusseren Verhandlungen abnehmen; seine Aufgabe kann aber eine noch weitergehende sein: es kann ihm vertragsmässig auch die Verpflichtung obliegen, bei den Verhandlungen die Interessen seines Auftraggebers wahrzunehmen, die Gegenpartei in dessen Sinne zu beeinflussen und möglichst günstige Vertragsbedingungen für seinen Auftraggeber zu erzielen. Endlich gehört es auch vielfach zu den Geschäften des Mäklers, den Parteien bei der Formulierung des Vertrages zur Hand zu gehen, ihnen Auskunft über das, was im Verkehr gebräuchlich ist, zu geben und ihnen überhaupt als sachkundiger Berater zu dienen [1]). Riesenfeld [2]) hat in ähnlicher Weise versucht, die Tätigkeit des Vermittelungsmäklers im einzelnen festzustellen; er teilt dieselbe in 4 Stadien ein:

1. das Aufsuchen eines vertragslustigen Gegenkontrahenten,
2. das Uebermitteln der Vertragsgeneigtheit des Auftraggebers,
3. die „Bearbeitung" des Gegenkontrahenten,
4. das Zurückbringen der Vertragsgeneigtheit vom Gegenkontrahenten an den Auftraggeber.

Welcher Art diese Tätigkeit des Nachweis- bezw. Vermittelungsmäklers nun auch sei, irgend eine Tätigkeit wird von beiden stets erfordert werden, um den Anspruch auf Mäklerlohn dem Grunde nach

---

1) So Planck in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter IV 3; ebenso Dernburg, BGB., II § 339 unter I.

2) Riesenfeld a. a. O. S. 268, 269 (daselbst ausführlicher).

gerechtfertigt erscheinen zu lassen; der Mäkler wird stets ein mehr oder minder grosses Mass körperlicher oder geistiger Kräfte aufwenden müssen, um sein Ziel zu erreichen, nämlich den Mäklerlohn zu verdienen; das blosse Schweigen des Mäklers oder Geschehenlassen kann dagegen niemals einen Anspruch auf Mäklerlohn begründen [1]). In dieser Richtung ist einer Entscheidung des Reichsgerichts [2]) nicht beizupflichten, in welcher die Gültigkeit eines Provisionsversprechens dafür anerkannt wird, dass ein Häuserverwalter (sog. Vicewirt) dem Hausverkauf „nicht hinderlich sein werde"; in diesem Falle liegt ein Mäklervertrag überhaupt nicht vor.

Dass der Mäkler diese Nachweis- bezw. Vermittelungstätigkeit persönlich ausübe, wird man mangels besonderer — ausdrücklicher oder stillschweigender — Vereinbarung nicht erfordern dürfen; dem Mäkler muss es vielmehr regelmässig gestattet sein, sich Zwischen- oder Untermäkler zu bedienen, um seine eingegangenen Verpflichtungen erfüllen zu können. Dass er für das Verschulden dieser Substituten, als Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange aufzukommen hat wie für eigenes Verschulden, ergibt sich aus § 278 BGB..

In vielen Fällen wird sogar die individuelle Persönlichkeit des Mäklers als solchen für den abzu-

1) a. A. mit dem nachstehenden Urteil des Reichsgerichts, soweit ersichtlich, nur Neubauer a. a. O. S. 9.

2) Vgl. Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 6, No. 493, S. 186.

schliessenden Vertrag ganz gleichgültig sein, z. B. in dem — u. E. zutreffend — von Oertmann[1]) hervorgehobenen Falle, dass jemand mit der Mäklerfirma „Israël Schmidt Söhne“ einen Mäklervertrag abschliesst.

§ 9.

γγ. Die dritte Voraussetzung[2]).

Die dritte Voraussetzung des Anspruches des Mäklers auf den Mäklerlohn ist, dass der zu vermittelnde Vertrag[3]) in rechtswirksamer Weise zustande gekommen sein muss; dazu gehört, dass dieser Vertrag materiell wie formell gültig und wirksam ist, bei der Vermittelung des Verkaufes eines Grundstücks z. B. also einerseits das Vorhandensein einer zusammenstimmenden Willenserklärung beider Vertragsparteien, des Auftraggebers als Verkäufers,

---

1) Oertmann in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 5.

2) Vgl. hierzu nachstehende Literatur: Motive, Band II, S. 513, 514, Planck zu § 652 unter 3 c, Staudinger zu § 652 unter III 2 d—g und 3 a—d, Neumann zu § 652 unter II 2 a—d, Fischer-Henle zu § 652 unter 6, 8, 9, Kuhlenbeck zu § 652 Anm. 3, Oertmann zu § 652 unter 2 a α, Schollmeyer im 8. Titel unter IV, Crome, System des BGB, II § 272 unter 5 a α, Goldmann-Lilienthal I § 180 unter III 3 b, Dernburg, BGB., II § 339 unter II 1, Matthiass I § 124 unter IV A 2, Staub im Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 18 und 22, Lehmann-Ring zu § 99 HGB. unter No. 5, Goldmann zu § 99 HGB. Anm. 1 unter b, Dörr a. a. O. unter IV b (S. 637—639), Riesenfeld a. a. O. S. 543—545, Jacusiel S. 31, 32.

3) Zwei fremde Personen müssen diesen Vertrag schliessen; der Mäkler darf in diesem Vertrag nicht Partei sein. Ein Selbsteintrittsrecht des Mäklers — analog demjenigen des § 400 HGB. — ist im BGB. nicht anerkannt.

sowie des vom Mäkler diesem zugeführten Käufers, über die Essentialien des Kaufes, andererseits die Beobachtung der im § 313 Satz 1 BGB. für einen derartigen Vertrag vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, ohne welche Form der Vertrag nichtig ist, wenn nicht nachträglich durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch Heilung dieses Mangels erfolgt (§ 313 Satz 2). Ist auch nur das eine oder das andere Erfordernis bei einem solchen vom Mäkler vermittelten Vertrage nicht vorhanden, so entfällt damit schon der Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn [1]). Für die Einhaltung der Form insbesondere, wie überhaupt für das Vorliegen der sonstigen, für die Gültigkeit des „vermäkelten" Vertrages erforderlichen Voraussetzungen ist, wie allgemein, der Mäkler beweispflichtig, weil dieselben zu den klagebegründenden Tatsachen gehören.

Wie bei der Nichtigkeit des Vertrages ein Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn nicht besteht, so ebenfalls nicht bei der mit Erfolg durchgeführten Anfechtung eines anfechtbaren Vertrages; denn diese erfolgreich durchgeführte Anfechtung steht nach § 142 BGB. der Nichtigkeit gleich; ein derartiger

---

1) Vgl. hierzu aus der Rechtsprechung u. a.: OLG. (Kiel) Bd. 4, S. 240 versagt den Mäklerlohn, wenn der zu vermittelnde Vertrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte, diese aber nicht erhielt; OLG. (Dresden) Bd. 4, S. 238 ebenso, wenn es sich um die Vermittelung des Verkaufs eines Bordellgrundstücks handelt, (beides lediglich Fälle der Nichtigkeit des Vertrages); auch RG. in SeuffA. Bd. 55, No. 148, RGZ. Bd. 29, S. 230.

Vertrag ist als von Anfang an nichtig anzusehen, und der Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn verliert seine Grundlage; war der Lohn vor der erfolgten Anfechtung bereis gezahlt worden, so kann er nach erfolgreich durchgeführter Anfechtung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) zurückgefordert werden. Die blosse Anfechtbarkeit des Vertrages dagegen schliesst den Anspruch noch nicht aus [1]).

Für den Fall, dass der vermäkelte Vertrag unter einer aufschiebenden (Suspensiv-) Bedingung geschlossen worden ist, gibt das Gesetzbuch selbst im § 652 Abs. 1 Satz 2 die Antwort: „der Mäklerlohn kann in diesem Falle erst verlangt werden, wenn die Bedingung eingetreten ist." Diese Bestimmung ist lediglich eine Folge des im Abs. 1 Satz 1 desselben Paragraphen enthaltenen Prinzips und entspricht gleichfalls der im § 158 Abs. 1 BGB. hinsichtlich der Wirkung der Suspensivbedingung getroffenen Bestimmung, nach welcher „die von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit dem Eintritt dieser Bedingung eintritt". Während des Schwebezustandes [2]) der Suspensivbedingung, in welchem der vermäkelte Vertrag noch nicht rechtsbeständig ist, besteht daher ein Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn nicht.

---

1) Denn ein anfechtbarer Vertrag ist bis zur erfolgten Anfechtung gültig.

2) d. h. desjenigen Zustandes, welcher nach Abgabe der bedingten Willenserklärung eintritt und mit dem Eintritt resp. Ausfall der Bedingung endigt.

Bestritten ist dagegen die Entscheidung des Falles, dass der vermäkelte Vertrag unter einer auflösenden (Resolutiv-) Bedingung abgeschlossen worden ist: behält hier der Mäkler den mit dem, wenn auch resolutiv bedingt, so doch zunächst abgeschlossenen und existenten Vertrage verdienten Lohn, oder fällt mit dem Eintritt der Resolutivbedingung der Anspruch auf den Mäklerlohn fort, bezw. kann der bereits gezahlte Mäklerlohn nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) zurückgefordert werden?[1]) Beim Fehlen einer analogen Bestimmung, wie sie im § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB. für den unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossenen Vertrag getroffen worden ist, für den unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossenen Vertrag ist auf die im allgemeinen Teil des Gesetzbuches im § 158 Abs. 2 enthaltene allgemeine Bestimmung über die Wirkungen des Eintritts der Resolutivbedingung zurückzugehen. § 158 Abs. 2 BGB. lautet:

> „Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung endigt die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein."

Die Entscheidung der Frage ist um deswillen zweifelhaft, weil die juristische Konstruktion der Resolutivbedingung eine schon im früheren gemeinen

1) Vgl. hierzu ausser der oben (S. 54, Anm. 2) angegebenen Literatur noch: Enneccerus-Lehmann I § 292 unter III 1 b, Cosack I § 152 unter V 3 a, Düringer-Hachenburg zu § 99 HGB. unter I a, Rospatt a. a. O. S. 553, 556.

Recht viel behandelte Streitfrage ist, welche auch für das Recht des BGB. noch nicht ihre endgültige Erledigung gefunden hat [1]). Während nämlich die einen den Standpunkt vertreten, das resolutiv bedingte Geschäft enthalte zwei Willenserklärungen, nämlich eine unbedingte Hauptwillenserklärung und eine aufschiebend bedingte, auf die Wiederaufhebung dieser unbedingten Hauptwillenserklärung gerichtete Nebenwillenserklärung; mit dem Eintritt dieser Bedingung trete der Nebenvertrag in Wirksamkeit und löse seinerseits den Hauptvertrag auf; — behaupten die anderen, die auflösende Bedingung bilde, ebenso wie die aufschiebende, zusammen mit dem übrigen Tatbestande des Rechtsgeschäfts ein untrennbares Ganze, eine rechtliche Einheit; mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung höre die Wirkung des Rechtsgeschäfts, welche bis dahin bestanden habe, von selbst auf, und es trete der frühere Rechtszustand, wie er vor dem Abschluss des bedingten Rechtsgeschäfts vorhanden gewesen sei, ohne Zutun der Parteien von Rechtswegen wieder ein. Für die hier zu entscheidende Frage behält demnach nach der ersten Ansicht [2]) der Mäkler den mit dem abgeschlossenen Vertrag, als der unbedingten Hauptwillenserklärung, verdienten Lohn; der Eintritt der in der Nebenwillenserklärung enthaltenen auf-

1) Vgl. Staudinger in den Vorbemerkungen zu §§ 158 ff. BGB. unter 3, und zu § 158 unter 7, Planck zu § 158 unter 3.

2) So Crome, Cosack, Dernburg, Kuhlenbeck, Oertmann, Schollmeyer, Düringer-Hachenburg, a. a. O..

schiebenden Bedingung vermag seinen einmal existent gewordenen Lohnanspruch nicht wieder zu beseitigen. Nach der anderen Ansicht[1]) ist der Mäklerlohn nur dann endgültig verdient, wenn der vermittelte Vertrag unbedingt geworden ist und infolgedessen aufrecht erhalten bleibt, d. h. mit dem Ausfall der Resolutivbedingung; mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung entfällt aber andererseits der Lohnanspruch des Mäklers, bezw. der bereits gezahlte Lohn kann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) zurückgefordert werden. — Solange die auflösende Bedingung noch nicht eingetreten, bezw. noch nicht ausgefallen ist, der Schwebezustand[2]) also noch fortdauert, ist, wie zweifellos, der Anspruch auf Mäklerlohn nach beiden Ansichten nicht ausgeschlossen[3]).

Welche dieser beiden Ansichten als diejenige des Rechtes des BGB. den Vorzug verdient, lässt sich beim Schweigen des Gesetzbuchs nicht ohne weiteres entscheiden. U. E. muss man sich für die zweite Ansicht entscheiden. Für die erste Ansicht spricht,

---

1) So OLG. Stuttgart in einer Entscheidung in DJZ. 1904, S. 822, ferner Planck, Staudinger, Neumann, Fischer-Henle, Goldmann-Lilienthal, Matthiass, Staub, Lehmann-Ring, Goldmann, Dörr, Riesenfeld, Rospatt, Jacusiel, a. a. O..

2) Vgl. oben S. 56, Anm. 2.

3) Denn nach der ersten Ansicht ist der Mäklerlohn mit dem Abschluss des Geschäftes überhaupt verdient, und der Mäkler kann desselben niemals wieder verlustig gehen; nach der zweiten Ansicht ist wenigstens vorläufig mit dem Abschluss des Geschäftes der Lohnanspruch begründet, und es hängt nunmehr von dem Ausfall oder Eintritt der Resolutivbedingung ab, ob der Anspruch von Bestand bleibt, oder rückwärts hin wieder fortfällt.

dass sie im gemeinen Recht die herrschende [1]) war, und dass das BGB. hinsichtlich der allgemeinen Lehren im wesentlichen, und insbesondere auch in der Lehre von den Bedingungen, auf dem Boden des römischen und gemeinen Rechtes steht; für die zweite Ansicht spricht die Entstehungsgeschichte der jetzigen gesetzlichen Bestimmungen des BGB. über Resolutivbedingungen [2]).

Im Anschluss hieran sind sodann die beiden Fälle zu erörtern: a. der Auftraggeber verhindert wider Treu und Glauben den Eintritt der dem ver-

---

1) Vgl. Dernburg, Pand., I § 106 Anm. 9.

2) Es wurde nämlich die Vorschrift des § 139 E. I, welcher bestimmte: „Ist einem Rechtsgeschäfte eine unverständliche oder eine widersinnige Bedingung beigefügt, so ist dasselbe nichtig", gestrichen, weil, wie die Protokolle — Band I, S. 185 — sich ausdrücken, dieselbe sich und zwar auch für die auflösende Bedingung aus dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes ergebe, bei welchem die Bedingung mit dem Rechtsgeschäfte untrennbar verbunden sei. Würde der Entwurf auf dem Standpunkte gestanden haben, dass die auflösende Bedingung nur ein Nebenvertrag sei, so wäre es im Anschlusse an das gemeine Recht — vgl. Dernburg, Pand., I § 107 unter 6 — natürlich und richtig gewesen, bezüglich auflösend bedingter Geschäfte eine Ausnahme von dem Satze dahin zu machen, dass widersinnige und unverständliche Bedingungen als nicht geschrieben gelten. Da dies nicht geschehen ist, kann man nur zu dem Schluss kommen, dass der Entwurf auch die resolutiv bedingten Rechtsgeschäfte als einheitliche behandelt wissen wollte. Dass das BGB. diese Ansicht des Entwurfs teilt, kann man schon aus der Tatsache schliessen, dass es eine dem § 139 des E. I entsprechende Bestimmung nicht enthält; hieraus kann man den Schluss ziehen, dass es mit der Streichung desselben und der in den Protokollen für die Streichung angegebenen Begründung einverstanden ist. Andere Argumente bestätigen diese Ansicht. — Die Motive — Band I, S. 251 — lassen es dahingestellt, welche dieser Auffassungen rechtsphilosophisch den Vorzug verdient.

mäkelten Vertrag von den Parteien hinzugefügten aufschiebenden Bedingung, welcher Eintritt ihm insofern zum Nachteil gereichen würde, als mit demselben der Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn zur Entstehung gelangen würde, und b. der Auftraggeber führt wider Treu und Glauben den Eintritt der dem vermäkelten Vertrag von den Parteien hinzugefügten auflösenden Bedingung herbei, welcher Eintritt ihm insofern zum Vorteil gereichen würde [1]), als damit feststehen würde, dass der Mäklerlohn nicht endgültig verdient ist. Beide Fälle finden ihre Entscheidung im § 162 Abs. 1 bezw. Abs. 2 des Gesetzbuchs: im Falle a. soll nach Abs. 1 die aufschiebende Bedingung als eingetreten gelten, und damit also der Mäkler trotz tatsächlichen Nichteintritts der Bedingung dennoch Anspruch auf den Mäklerlohn erhalten; im Falle b. soll nach Abs. 2 der Eintritt der auflösenden Bedingung als nicht erfolgt, dieselbe also als ausgefallen gelten, und damit also der Mäkler trotz tatsächlichen Eintritts der Bedingung dennoch den Anspruch auf den Mäklerlohn, der von dem Vertragsschluss ab, wenn auch nur resolutiv bedingt, für ihn schon bestand, endgültig behalten.

Schliesslich ist hieran anschliessend noch der Fall zu erwähnen, dass der vermäkelte Vertrag von den Parteien befristet, unter einem Anfangs- oder einem Endtermin abgeschlossen worden ist. Dieser Fall findet seine Regelung in dem § 163 des Gesetzbuches,

1) Wenigstens nach der zweiten Ansicht; für die erste Ansicht ist, wie oben (S. 59, Anm. 3) dargelegt, der Eintritt oder Nichteintritt der Resolutivbedingung gleichgültig.

welcher besagt, dass im ersteren Fall, wenn also ein Anfangstermin hinzugefügt ist, die für die aufschiebende, im letzteren Fall dagegen, wenn also ein Endtermin hinzugefügt ist, die für die auflösende Bedingung geltenden Vorschriften, insbesondere also diejenigen über die Wirkungen des Eintritts (§ 158), entsprechende Anwendung finden sollen; mit dem Eintritt des Anfangstermins ist also der Anspruch des Mäklers auf Mäklerlohn begründet, mit dem Eintritt des Endtermins dagegen geht der Mäkler seines genannten Anspruches dauernd verlustig.

Ebenfalls bestritten ist ferner der Fall, dass eine der vertragschliessenden Parteien von einem ihr, sei es gesetzlich zustehenden (z. B. §§ 325 ff. BGB.), sei es vertragsmässig vorbehaltenen Rücktrittsrechte (§§ 346—356 BGB.) Gebrauch macht [1]).

Durch beide Arten des Rücktrittsrechtes wird im Fall der Ausübung desselben durch den Rücktrittsberechtigten die Wiederaufhebung des Vertrages herbeigeführt, indem beide Parteien gemäss § 347 BGB., wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. So könnte man geneigt sein, anzunehmen, dass die Erklärung des vertragsmässig vorbehaltenen bezw. gesetzlich zustehenden Rücktritts der freiwilligen Wiederaufhebung des abgeschlossenen Vertrages durch gegenseitige Vereinbarung gleichzustellen sei, und somit dem Mäkler stets ein Anspruch auf den

1) Vgl. hierzu die oben (S. 54, Anm. 2, und S. 57, Anm. 1) angegebene Literatur; speziell Rospatt a. a. O. S. 552—558 (in eingehender Begründung).

Mäklerlohn zustände [1]). Indess dürfte diese Ansicht doch nicht, wenigstens doch nur teilweise richtig sein [2]).

Um zunächst den Fall des vertragsmässig vorbehaltenen Rücktrittsrechtes zu besprechen, so lassen sich hier drei verschiedene Meinungen, zwei Haupt- und eine Mittelmeinung, unterscheiden.

Die einen [3]) behaupten, ein Anspruch auf den Mäklerlohn könne um deswillen nicht entstehen, weil Voraussetzung des verdienten Mäklerlohnes eben das Zustandekommen des Hauptvertrages sei, letzteres aber noch nicht der Fall sei, solange eine Partei ohne Angabe von Gründen sich an ihr Abkommen nicht für gebunden erachten und es einseitig umstossen könne [4]); die volle rechtliche Existenz des Hauptvertrages sei erst dann gegeben, wenn die definitive Einigung beider Vertragsteile über das abzuschliessende Geschäft erklärt sei [5]).

---

1) Wie unbestritten; vgl. weiter unten S. 69, 70, insbesondere Anm. 1 auf S. 70.

2) d. h. u. E. nur für den Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechtes, in welchem für den Fall des erklärten Rücktritts der Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn nicht hinfällig wird; in diesem Punkte herrscht, soweit ersichtlich, Einstimmigkeit in Theorie und Praxis. Vgl. ausser der oben (S. 62, Anm. 1) angeführten Literatur aus der Rechtsprechung RG. in JW. 1901, S. 171, Nr. 30.

3) So Staudinger, Rospatt, Burchard, Staub, Goldmannn-Lilienthal, Schollmeyer, a. a. O., OLG. Jena in SeuffA. Bd. 50, No. 13.

4) Burchard a. a. O. S. 287.

5) Rospatt a. a. O. S. 554, 555.

Andere [1]) behaupten dementgegen, der Lohnanspruch des Mäklers werde durch die Ausübung des Rücktrittsrechtes nicht berührt; es sei nicht ersichtlich, das vertragsmässig vorbehaltene Rücktrittsrecht anders zu behandeln als das gesetzliche; da aber die Ausübung des letzteren den Lohnanspruch nicht beseitige [2]), so müsse das gleiche auch für die Ausübung des ersteren gelten. Planck [3]) weist insbesondere noch auf die Verkehrsauffassung sowie auf den § 361 BGB. hin, in dem doch gewiss die Absicht der Parteien dahin gehe, dass die Vergütung mit dem Abschluss des Vertrages verdient sein solle.

Eine Mittelmeinung schliesslich hat Neumann [4]) aufgestellt: er gewährt bei Ausübung des vertragsmässigen wie des gesetzlichen Rücktrittsrechtes dem Mäkler den Anspruch auf den Mäklerlohn nur, wenn der Rücktritt von dem Auftraggeber des Mäklers, dagegen versagt er ihn, wenn der Rücktritt von Seiten der anderen Partei verursacht wird.

Dieser Mittelmeinung gegenüber — um diese vorweg zu nehmen — behaupten — u. E. mit Recht — die Anhänger der ersten Ansicht, insbesondere Rospatt [5]), es sei ganz unerheblich, ob das Widerrufsrecht dem Auftraggeber des Mäklers oder dessen

---

1) So Crome, Dörr, Oertmann, Dernburg, Fischer-Henle, Riesenfeld, Lehmann-Ring, Goldmann, Düringer-Hachenburg, a. a. O., OLG. Kiel in SeuffA. Bd. 40, No 16.

2) wie unbestritten, vgl. oben S. 63, Anm. 2.

3) a. a. O..

4) a. a. O..

5) a. a. O. S. 555.

Gegenkontrahenten vorbehalten sei, da ein rechtswirksamer Abschluss des zu vermittelnden Geschäftes noch in keinem von beiden Fällen vorliege, das getroffene Abkommen vielmehr diesen Charakter im einen wie im anderen Falle erst dann erhalte, wenn die gesetzte Frist ohne Ausübung des Rücktrittsrechtes verstrichen sei.

U. E. muss man bei der Entscheidung dieser Frage, wie die erste Ansicht dies auch tut, davon ausgehen, wann ein derartiger, mit einer Rücktrittsklausel versehener Vertrag als rechtswirksam zustande gekommen im Sinne des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB. anzusehen ist, wann m. a. W. eine — und zwar endgültige — Willenseinigung beider Parteien über die wesentlichen Bestandteile des abzuschliessenden Rechtsgeschäftes vorliegt. Abgesehen von dem Fall, dass beide Parteien den freien Rücktritt vom Vertrage sich vorbehalten haben — hier wird man von einer endgültigen Einigung und einem wirklichen Zustandekommen des Vertrages stets erst dann reden können, wenn feststeht, dass eine Ausübung des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes beiderseitig ausgeschlossen ist —, wird in dem Regelfall, dass der Vertrag unter dem Vorbehalte des Rücktritts nur für die eine Vertragspartei geschlossen ist, zwar auf Seiten der einen, nicht rücktrittsberechtigten Partei stets schon eine Bindung — und zwar eine endgültige — an den abgeschlossenen Vertrag, und insofern ein Vertrag mit rechtlichen Wirkungen, vorliegen; der andere Teil, der Rücktrittsberechtigte, indess, welcher sich seine endgültige Entschliessung ausdrücklich noch

vorbehalten hat, ist vorerst — bis zur erklärten Nichtausübung, bezw. ausgeschlossenen Ausübung des ihm zustehenden Rücktrittsrechtes — noch nicht dauernd an den Vertrag gebunden; erst von dem letztgenannten Zeitpunkt an wird seine Bindung eine endgültige und damit der Vertragsschluss ein unumstösslicher. Erst mit diesem Zeitpunkt kann man daher u. E. den Vertrag als Zustandegekommen ansehen. Dann wird man aber dementsprechend auch einen Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn erst mit diesem Zeitpunkt als begründet ansehen können und folgeweise für den Fall der Ausübung des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes dem Mäkler einen Anspruch auf Lohn versagen müssen.

Wenn von der Gegenseite, den Anhängern der zweiten Ansicht, hierzu behauptet wird, das vertragsmässig vorbehaltene Rücktrittsrecht sei nicht anders zu behandeln als das gesetzliche; da aber die Ausübung des letzteren den Lohnanspruch nicht beseitige, müsse das gleiche auch für die Ausübung des ersteren gelten, so ist hieran zweifellos ja das richtig — und auch schon hervorgehoben[1]) —, dass die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes den Lohnanspruch des Mäklers nicht beseitigt; die Behauptung indess, beide Arten der Rücktrittsrechte seien gleich zu behandeln, ist u. E. zu verwerfen. Die grundsätzliche Verschiedenheit beider Arten liegt darin, dass beim gesetzlichen Rücktrittsrecht der Vertragsschluss perfekt, der Vertrag rechtswirksam von beiden Teilen

1) Vgl. oben S. 63, Anm. 2.

abgeschlossen worden ist, und nun nachträglich, nach Abschluss des Vertrages, das Ereignis, nämlich die Erklärung, das Rücktrittsrecht ausüben zu wollen, eintritt, während beim vertragsmässig vorbehaltenen Rücktrittsrecht der Vertragsschluss vorerst noch nicht perfekt ist. Mit Recht führt u. E. Rospatt S. 557 aus: „Das gesetzliche Rücktrittsrecht habe seinen Rechtsgrund nicht in einer den rechtswirksamen Abschluss hindernden Vertragsklausel — wie das vertragsmässige —, sondern in dem Mangel der Erfüllung von der anderen Seite; der Vertrag selbst sei rechtswirksam von beiden Teilen abgeschlossen. Da aber die Entstehung des Lohnanspruchs nur an den Abschluss, nicht an die Erfüllung des Vertrages geknüpft sei, so könne natürlich der dem Mäkler damit einmal erworbene Anspruch durch mangelhafte Erfüllung einer Partei und deren Folgen nicht wieder beseitigt werden.“ Es liegt u. E. auch gar kein zwingender Grund vor, das gesetzliche und vertragsmässige Rücktrittsrecht gleich zu behandeln, da das Gesetzbuch selbst dies nicht tut, indem es nämlich für jeden Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts, in dem es dies will[1]), die entsprechende Anwendung der §§ 346—356, d. i. der Bestimmungen über das vertragsmässige Rücktrittsrecht, erst besonders ausdrücklich vorschreibt; daraus kann man den Schluss ziehen, dass das Gesetzbuch grundsätzlich — ohne entsprechende An-

1) Vgl. z. B. § 327 BGB., und Neumann in den Vorbemerkungen zu §§ 346 ff. BGB. unter I 2, Staudinger ebenda unter I, Planck ebenda unter 2.

wendung — beide Arten nicht gleich behandelt wissen will.

Dass die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes — entgegen derjenigen des vertragsmässigen — den Lohnanspruch des Mäklers nicht beseitigt, ist oben [1]) bereits festgestellt und begründet; der Grund liegt eben in der grundsätzlichen Verschiedenheit beider Rücktrittsrechte.

Es ist schliesslich noch einzugehen auf die Ausübung des Rücktrittsrechtes im Fall des Vorliegens eines sog. Fixgeschäftes, wie solches Rücktrittsrecht gemäss § 361 BGB. im Zweifel unterstellt werden soll. Wir nehmen auch hier mit Rospatt [2]) an, dass die Ausübung des Rücktrittsrechtes für diesen Fall den Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn nicht beseitigt, trotzdem auch wir dieses Rücktrittsrecht als ein vertragsmässiges auffassen. Der Grund ist ebenderselbe wie beim gesetzlichen Rücktrittsrecht: auch im Fall des § 361 BGB. liegt ein bereits vollständig zum Abschluss gelangter Vertrag mit voller rechtlicher Wirksamkeit für beide Teile vor, und die Ausübung des Rücktrittsrechtes hat hier, ebenso wie beim gesetzlichen Rücktrittsrecht, ihren Grund lediglich in der mangelhaften Vertragserfüllung der anderen Partei, welche nicht zur festgesetzten Zeit geliefert hat; daher rechtfertigt sich u. E. hier auch eine dem gesetzlichen Rücktritts-

---

1) Vgl. die mehrfach zitierte Anm. 2 auf S. 63, ferner S. 66, 67 dieser Abhandlung.

2) Rospatt a. a. O. S. 557, 558, ebenso Planck und Dörr a. a. O..

recht analoge Behandlung hinsichtlich des Lohnanspruches des Mäklers. Man kann diese Ansicht, dass die Ausübung des Rücktrittsrechtes im Fall des § 361 den Mäkleranspruch nicht beseitigt, auch damit begründen [1]), dass man sie als nach der Verkehrsauffassung mutmasslich von den vertragschliessenden Parteien beabsichtigt unterstellt.

Abschliessend sei zu diesen Fällen des Rücktrittsrechtes bemerkt, dass selbstverständliche Voraussetzung ist, dass nicht etwa der Vertrag gerade so, wie er geschlossen ist, also mit der Rücktrittsklausel, vertragsmässig das durch die Tätigkeit des Mäklers zu erreichende Resultat bildet; in solchem Falle ist selbstverständlich der Mäklerlohn stets mit dem Abschluss des Vertrages verdient, und es ist unerheblich, ob später von der Rücktrittsklausel Gebrauch gemacht wird oder nicht.

Die spätere freiwillige Wiederaufhebung des vermittelten Vertrages seitens der Parteien durch gegenseitige Vereinbarung [2]) lässt dagegen den Anspruch des Mäklers auf den Mäklerlohn unberührt. Dies bedarf als selbstverständlich, wie auch die Motive [3]) hervorheben, weiterer Ausführung nicht; der Mäklerlohn ist eben mit dem Abschluss des Vertrages verdient, und die späteren Schicksale des letzteren ver-

---

1) So Planck a. a. O..

2) Ebenso, wenn sich der Durchführung des Vertrages tatsächliche Schwierigkeiten entgegenstellen; so Planck zu § 652 unter 3 c.

3) Motive, Band II, S. 515.

mögen den einmal begründeten Lohnanspruch nicht wieder zu beseitigen[1]).

Wenn nun aber auch einerseits dieser vom Mäkler vermittelte Vertrag in rechtswirksamer Weise zustande gekommen ist, so genügt dies allein doch noch nicht für die hier zu besprechende Voraussetzung des Lohnanspruches desselben; es muss noch hinzukommen, dass auch gerade der Vertrag, den der Mäkler dem ihm erteilten Auftrage seines Auftraggebers gemäss zu vermitteln übernommen hatte, rechtswirksam zustande gekommen ist; dabei wird indessen, wie Planck[2]) zutreffend hervorhebt, weniger auf die juristische Form als auf den wirtschaftlichen Erfolg das Hauptgewicht zu legen sein[3]). Indessen wird es doch schon erheblich sein, wenn der Mäkler statt eines zu vermittelnden Kaufes, wie er ihn übernommen, nur ein Tauschgeschäft vermittelt, bezw. die Gelegenheit zu einem solchen nachgewiesen hat[4]). Ebensowenig genügt es für die Begründetheit seines Lohnanspruches, wenn der Mäkler, welcher dem Auftraggeber ein Darlehen verschaffen soll, vorerst nur ein Darlehensversprechen (pactum de mutuo dando)

1) Hier herrscht Uebereinstimmung in Theorie und Praxis; vergl. ausser der oben (S. 54, Anm. 2) angeführten Literatur aus der Rechtsprechung insbesondere OLG. (Rostock) Bd. 1, S. 402, RGZ. Bd. 25, S. 321, JW. 1902, Beilage, S. 228.

2) a. a. O., ebenso OLG. (Posen) Bd. 8, S. 76.

3) Dernburg, BGB., II § 339 unter II 1, sagt in ähnlicher Weise: das beabsichtigte Geschäft müsste zustande gekommen sein; sei jedoch der „Hauptabsicht" des Auftraggebers genügt, so könne nach Umständen auch das Zustandekommen eines verwandten, wenn auch im einzelnen abweichenden Geschäftes ausreichen.

4) OLG. Kiel in SeuffA. Bd. 43, No. 108.

zustande gebracht hat [1]); denn dieses ist zwar ein Vorvertrag (pactum de contrahendo), aus welchem auf Abschluss des Hauptvertrages, des Darlehns, geklagt werden kann; indess ist der Mäklerlohn als verdient erst in dem Zeitpunkt anzusehen, mit welchem dieser Darlehensvertrag zustande gekommen ist; denn auf diesen Vertrag kommt es dem Auftraggeber in letzter Linie an; um sich ein Darlehen zu verschaffen, nahm er die Tätigkeit des Mäklers in Anspruch; den wirtschaftlichen Erfolg, nämlich die Darlehnsvaluta, erhält der Auftraggeber aber erst mit dem Abschluss des eigentlichen Darlehnsvertrages, nicht des Vorvertrages [2]).

Unwesentliche und nebensächliche Abweichungen des in Aussicht genommenen von dem abgeschlossenen Vertrage beseitigen dagegen nicht den Anspruch des Mäklers auf Lohn; sonst muss man schon einen stillschweigend abgeschlossenen neuen Mäklervertrag annehmen [3]) [4]).

---

1) RGZ. Bd. 39, S. 231 ff..

2) Hierher gehört auch der Fall, dass der Mäkler, welchem von dem Auftraggeber eine Vergütung für den „Verkauf zu einem bestimmten Preise" versprochen ist, nunmehr einen Kauf zu einem geringeren Preise vermittelt; auch in diesem Fall kann der Mäkler keinen Lohn verlangen. So das RG. in JW. 1905, S. 138, No. 34.

3) So Fischer-Henle a. a. O. unter 5, und Planck a. a. O., auch JW. 1905, S. 138, No. 17.

4) Planck a. a. O. erwähnt bei dieser Gelegenheit noch den Fall, dass sich der dem Mäkler erteilte Auftrag auf Mehreres erstreckt, z. B. in erster Linie, ein Haus zu verkaufen, in zweiter Linie, einen Mieter für dasselbe zu suchen; hier genüge es, dass irgend einer der beabsichtigten Verträge zustande kommt.

§ 10.

dd. Die vierte Voraussetzung[1]).

Die vierte und letzte Voraussetzung für die Begründetheit des Lohnanspruches des Mäklers ist das Vorhandensein des ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Vertrages: „der zu vermittelnde Vertrag muss infolge des Nachweises oder der Vermittelung des Mäklers zustandegekommen sein." Auch für das Vorliegen des Kausalzusammenhanges ist, wie für die anderen Voraussetzungen seines Lohnanspruches, der Mäkler beweispflichtig; denn auch ersteres gehört zu den klagebegründenden Tatsachen. Eine Vermutung für das Vorhandensein des Kausalzusammenhanges beim Vorliegen der sonstigen erforderlichen Voraussetzungen, sodass der Auftraggeber das Gegenteil zu beweisen hätte, besteht nicht[2]), vielmehr muss der Mäkler dartun, dass er „irgendwelche Handlungen vorgenommen hat, die an sich geeignet erscheinen, um zur Vorbereitung des abgeschlossenen Geschäftes inbezug auf das Objekt, die Person oder die Modalitäten des Vertrages nicht unwesentlich beizutragen, wenn auch die Parteien in eigener Person zur Fortsetzung der Vermittelungsarbeit selbsttätig eingegriffen haben"[3]). Für den Fall eines

1) Vgl. hierzu u. a. insbesondere: Staudinger zu § 652 unter III 5, Planck zu § 652 unter 3 d, Neumann zu § 652 unter II 3, Fischer-Henle zu § 652 unter 5.

2) Reichsgerichts-Entscheidung bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 11, No. 741, S. 359.

3) So Riesenfeld a. a. O. S. 539.

auf den Nachweis einer Vertragsgelegenheit gerichteten Mäklervertrages genügt es demnach, wenn der Mäkler seinem Auftraggeber eine von ihm irgendwie erkundete, z. B. durch Dritte ihm mitgeteilte Vertragsgelegenheit nachweist, insbesondere also eine dem Auftraggeber bisher nicht bekannte Person bezw. einen derartigen Vertragsgegenstand namhaft macht bezw. bezeichnet, und wenn nunmehr der Auftraggeber mit dieser Person bezw. über diesen Gegenstand einen Vertrag schliesst; eines Beweises des Kausalzusammenhanges zwischen dem Nachweise des Gegenkontrahenten und dem Abschluss des Vertrages mit diesem bedarf es dagegen nicht [1]). Für den anderen Fall, dass dem Mäkler die Vermittelung eines Vertrages aufgetragen ist, genügt es schon, wenn ein Verhandeln des Mäklers mit beiden Vertragsparteien stattgefunden hat, und wenn zwischen dieser Tätigkeit des Mäklers und dem Vertragsschluss ein Kausalzusammenhang besteht [2]).

Vor allem aber ist für den Kausalzusammenhang regelmässig erforderlich, dass der Auftraggeber von der Tätigkeit des Mäklers Kenntnis und damit auch das Bewusstsein erlangt hat, bei Abschluss des Vertrages einen Mäklerlohn zahlen zu müssen [3]). Zutreffend weist das Reichsgericht in einer Entscheidung [4]) darauf hin, dass gerade dieser letztere

1) Vgl. die unten (S. 75, Anm. 2) zitierten Reichsgerichts-Entscheidungen.

2) So OLG. (Braunschweig) Bd. 9, S. 6.

3) Vgl. OLG. (Dresden) Bd. 8, S. 77, RG. bei Gruchot, Bd. 48, S. 344 ff..

4) RGZ. Bd. 31, S. 291.

Umstand auf die Entschliessungen des Auftraggebers sowohl hinsichtlich des Geschäftsabschlusses als auch der Preisbestimmung sowie anderer Bedingungen des Vertrages vielfach von bestimmendem Einfluss sein könne [1]).

Der Auftraggeber darf jedoch andererseits wiederum diese erlangte Kenntnis von der Mäklertätigkeit nun nicht etwa dazu benutzen, um unter — absichtlicher oder auch nur gleichgültiger — Umgehung des Mäklers den von diesem angebahnten Vertrag selbst zum Abschluss zu bringen; gerade dieser Fall kommt im praktischen Leben sehr häufig vor: der Mäkler wird hier seinen Lohn für die entfaltete Tätigkeit fordern, während der Auftraggeber bestreiten wird, dass der Vertrag infolge der Mäklertätigkeit zustande gekommen ist. Mit Recht führen u. E. die Motive [2]), welche gerade diesen Fall behandeln, aus: es werde unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu prüfen sein, ob nicht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Vertrages dennoch bestehe, bezw. mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Verpflichtung zur Zahlung der Mäklergebühr als im Sinne des Vertrages liegend anzu-

1) Oertmann — zu § 652 unter 2 a β — teilt diese Ansicht nicht, „weil es für eine solche Unterscheidung an einem Anhalt im Gesetze fehle, und auch innere Gründe kaum dafür sprächen; der Auftraggeber müsse wissen, dass ihm der Gegenkontrahent durch den Mäkler zugewiesen sein könne; möge er sich event. durch Befragen darüber Gewissheit verschaffen.“ — Derselben Ansicht ist Goldmann-Lilienthal I § 180 Anm. 33; vgl. auch Neumann a. a. O..

2) Motive, Band II, S. 513.

sehen sei. Planck [1]) teilt diese Ansicht der Motive nicht; er will den Anspruch dem Mäkler nur für den Fall gewähren, dass trotz der entgegengesetzten Erklärungen des Auftraggebers der Vertrag wirklich auf der Tätigkeit des Mäklers beruhe; in solchem Fall sei die im § 652 bestimmte Voraussetzung eingetreten, und der von dem Auftraggeber arglistig erweckte Schein, dass dies nicht der Fall sei, werde nicht berücksichtigt. Für andere Fälle will Planck den Anspruch nicht gewähren; ein rechtswidriges oder arglistiges Verhalten könne in dem unter Umgehung des Mäklers erfolgten Abschluss des Vertrages nicht gefunden werden, weil der Auftraggeber nicht nur berechtigt sei, den Mäklervertrag jederzeit zu kündigen, sondern auch nach seinem Belieben den ihm durch die Vermittelung des Mäklers gemachten Vertragsantrag, ohne dadurch in Annahmeverzug zu gelangen, ablehnen und dadurch den Erfolg der Vermittelung des Mäklers unmöglich machen könne.

Dass die Mäklertätigkeit die alleinige oder gar die hauptsächliche Ursache für das Zustandekommen des Vertrages gewesen ist, ist nicht nötig; es genügt, dass der Vertragsschluss auf die Tätigkeit mindestens als eine seiner Ursachen zurückzuführen ist [2]). Auch in dem Fall, dass die ursprünglichen, vom Mäkler angebahnten Verhandlungen unterbrochen sind und

1) a. a. O..

2) So das RG. in einer Entscheidung in DJZ. 1903, S. 31; vgl. auch RG. bei Gruchot, Bd. 47, S. 927 ff., auch JW. 1902, Beilage, S. 282, No. 236.

erst später ohne Mitwirkung des Mäklers wieder aufgenommen werden, kann Kausalzusammenhang noch vorliegen; [1]) indess wird es u. E. hier auf die Umstände des Falles, insbesondere die Länge der dazwischen liegenden Zeit, ankommen.

Dass der Mäkler sich Substituten zur Ausführung des ihm gewordenen Auftrages bedienen darf, ist bereits oben [2]) hervorgehoben; auch dann liegt Kausalzusammenhang vor, wenn nur dieser, nicht der Mäkler persönlich, tätig geworden ist [3]).

β. Der Inhalt des Anspruches (§§ 11–14).

Der Inhalt des Anspruches geht auf Zahlung der vereinbarten Vergütung seitens des Auftraggebers an den Mäkler. Dass die zu zahlende Vergütung notwendig in Geld bestehe, erfordert das Gesetzbuch nicht [4]).

§ 11.

αα. Der Zahlungspflichtige.

Zahlungspflichtig ist [5]) stets nur der Auftraggeber, als derjenige, welcher das Lohnversprechen abgegeben hat. Gegenüber dem Dritten, welcher,

---

1) Vgl. Neumann, JDR., III 1 zu § 652 unter 4 a, auch JW. 1901, S. 90, No. 31.

2) Vgl. S. 53.

3) Im inneren Verhältnis zwischen beiden wird häufig ein Gesellschaftsvertrag vorliegen. Vgl. RGZ. Bd. 18, S. 163.

4) Vgl. aber GewO. §§ 115 ff..

5) wenigstens für das Gebiet des bürgerlichen Rechts; anders HGB. § 99; vgl. oben S. 22, Anm. 1.

wie schon oben [1]) hervorgehoben, in keinerlei vertragliche Beziehungen zu dem Mäkler tritt, hat der Mäkler daher keinen Anspruch auf Mäklerlohn, auch nicht auf einen Teil desselben, es sei denn, dass auch der Dritte seinerseits dem Mäkler gegenüber ein besonderes Lohnversprechen abgegeben hat, also auch zwischen diesen beiden ein Mäklervertrag abgeschlossen worden ist.

§ 12.

ββ. Die Höhe des Lohnes.

Über die Höhe des Mäklerlohnes enthält das BGB. im § 653 Abs. 2 [2]) eine Auslegungsregel. Die Bestimmung besagt, dass „beim Fehlen einer vertragsmässigen Vereinbarung über die Höhe der zu zahlenden Vergütung beim Bestehen einer Taxe der taxmässige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn [3]) als vereinbart anzusehen ist." Ist auch ein üblicher Lohn nicht feststellbar, so ist auf die in den §§ 315, 316 BGB. enthaltenen allgemeinen Bestimmungen zurückzugehen [4]), wonach die durch die eine Vertragspartei durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgende Bestimmung des Lohnes nach billigem Ermessen zu treffen ist, bezw.,

---

1) Vgl. S. 21.

2) Ueber die Entstehungsgeschichte des § 653 vgl. oben S. 17, 18 dieser Abhandlung.

3) Nach Staudinger — zu § 653 unter 5 — z. B. vielenorts in Deutschland namentlich bei Grundstücksverkäufen 1 % der Geschäftssumme üblich.

4) So OLG. (Hamburg) Bd. 8, S. 439.

wenn diese getroffene Bestimmung der Billigkeit nicht entspricht, oder verzögert wird, durch richterliches Urteil getroffen wird.

§ 13.

γγ. Das richterliche Ermässigungsrecht bei Dienstvermittelungsverträgen gemäss § 655 BGB.[1]).

In vielen Fällen ist der zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler vereinbarte Mäklerlohn ein unverhältnismässig hoher. Besonders häufig pflegt dies der Fall zu sein bei den Stellenvermittelungsverträgen, insbesondere bei der Gesinde- und sonstigen Dienstvermietung. Liegen für einen derartig abgeschlossenen Vertrag die für ein wucherisches Geschäft im § 138 Abs. 2 BGB. enthaltenen Voraussetzungen vor, so ist nach demselben Paragraphen der Vertrag nichtig und ein Lohnanspruch des Mäklers gegen den Auftraggeber daher nicht begründet[2]). Das BGB. gewährt indess dem Dienstsuchenden im § 655 noch ein besonderes Schutzmittel, nämlich die Möglichkeit, „ein richterliches Urteil zu erwirken, welches den vereinbarten unverhältnismässig hohen Mäklerlohn auf einen angemessenen Betrag herabsetzt.“ Voraussetzung dieses

---

1) Ueber die Entstehungsgeschichte desselben vgl. oben S. 18 dieser Abhandlung und dort (Anm. 3) zitierte Reichstagskommissionsberichte und -Sitzungsprotokolle, auch Jastrow a. a. O..

2) Vgl. oben § 9 (S. 55).

Urteils ist einerseits „ein vereinbarter unverhältnismässig hoher Mäklerlohn“[1]), also ein Missverhältnis zu der Leistung, nämlich der Tätigkeit des Mäklers, andererseits „ein Antrag des Schuldners“; eine Offizialtätigkeit des Gerichts findet in diesem Falle nicht statt[2]).

Das sachliche Anwendungsgebiet des § 655 ist indess nach dem Wortlaut desselben[3]) beschränkt „auf den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrages oder auf die Vermittelung eines solchen Vertrages“; in Frage kommen dabei aber alle Arten des Dienstvertrages, also nicht nur Dienste niederer Art, insbesondere Gesinde, sondern auch Dienste höherer Art, z. B. Lehrer; getroffen werden von der Bestimmung des § 655 insbesondere auch die Theater- und Artistenagenten[4]). Ob die Mäklertätigkeit gewerbsmässig betrieben wird oder nicht, ist, wie überhaupt für das Gebiet des BGB., so auch speziell für diesen Paragraphen, unerheblich.

Der abgeschlossene Mäklervertrag wird durch die Vorschrift des § 655 in seiner Gültigkeit nicht berührt; nur die Höhe des Mäklerlohnes unterliegt auf Antrag der richterlichen Nachprüfung und eventuellen Herabsetzung. Diese Herabsetzung soll indess nach dem letzten Satz des § 655 stets ausgeschlossen

---

1) Dabei ist jedes berechtigte Interesse in Betracht zu ziehen; so ausdrücklich in dem analogen Fall des § 343 BGB.; vgl. weiter unten S. 80, (insbesondere Anm. 3).

2) Anders in den Fällen der §§ 654, 656 BGB.; vgl. weiter unten S. 82, Anm. 2, und S. 102.

3) entsprechend §§ 652, 656 Abs. 1 Satz 1 BGB.

4) Vgl. Staudinger zu § 655 unter 2.

sein, „wenn der Lohn bereits entrichtet ist"; und ebenso ist, wie Staudinger[1]) noch besonders hervorhebt, wenn bereits ein rechtskräftiges Urteil auf Bezahlung des beanspruchten vollen Mäklerlohnes vorliegt, ein nachträglicher Ermässigungsantrag im Stadium der Zwangsvollstreckung nicht mehr zulässig[2]).

Das richterliche Ermässigungsrecht des § 655 ist im übrigen analog demjenigen des § 343 BGB. bei der Vertragsstrafe[3]).

Bemerkt werden mag zum Schluss, dass die Bestimmung des § 655 — entgegen den sonstigen Bestimmungen des BGB. über den Mäklervertrag[4]) — jus cogens ist, einer Abänderung durch Parteivereinbarung also nicht unterliegt.

§ 14.

δδ. Der Ausschluss des Anspruches gemäss § 654 BGB..

Die Bestimmung des § 654 verdankt, wie schon oben[5]) hervorgehoben, ihre Entstehung einem Beschluss des Reichstages. Der Entwurf enthielt sich einer derartigen Bestimmung „wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle", wie die

---

1) Staudinger zu § 655 unter 5.

2) Vgl. ZPO. § 767 Abs. 2.

3) Die Formulierung beider Paragraphen ist die gleiche, mit Ausnahme des im § 655 fehlenden „berechtigten Interesses"; vgl. oben S. 79, Anm. 1.

4) ausgenommen § 656; vgl. weiter unten S. 102.

5) Vgl. S. 18.

Motive [1]) hervorheben. Die Motive halten es freilich für nicht zweifelhaft, dass in den Fällen, in welchen der Mäkler nur solche tatsächlichen Dienste zu leisten habe, deren Ausführung ohne Pflichtverletzung gegen den ersten Auftraggeber zugleich im Auftrage der anderen Partei geschehen könne, z. B. wenn es ihm nur obliege, einen Vertragsgegenstand oder eine zum Vertragsschluss geeignete Person nachzuweisen, oder, ähnlich wie ein Bote, die Erklärungen beider Parteien zu übermitteln, in solchen Fällen der Mäkler sich von beiden Parteien wirksam eine Vergütung für seine Bemühungen zusichern lassen dürfe; indessen sei die Aufnahme einer allgemeinen Vorschrift, wie sie der Dresden'er Entwurf im Art. 678 [2]) enthalte, als bedenklich abzulehnen, da sie zu einer irrigen Beurteilung solcher Fälle führen könne, in welchen der Mäkler, nachdem er der einen Partei gegen Entgelt zu dienen versprochen habe, dadurch, dass er nachträglich auch von der anderen Partei für seine Bemühungen behufs Zustandekommens des Vertrages eine Vergütung annimmt oder sich versprechen lässt, seine gegen die erste Partei ihm obliegenden Pflichten verletze. Bei den Beratungen der zweiten Kommission [3]) waren sodann mehrere An-

1) Motive, Band II, S. 515.

2) Er bestimmt ganz allgemein, dass der Mäkler die Mäklergebühr von dem Vertragschliessenden, auf dessen Ansuchen er den Vertrag vermittelt hat, unverkürzt fordern könne, auch wenn er von dem anderen Vertragschliessenden eine Belohnung angenommen habe.

3) Vgl. im einzelnen hierzu die Protokolle derselben, Band II, S. 342—344, unter Ziff. 128 VI.

träge gestellt des Inhaltes, dass der Mäkler weder von der einen noch von der anderen Partei einen Mäklerlohn verlangen könne, wenn er sich von beiden einen solchen habe versprechen lassen; die Mehrheit der Kommission lehnte indess die Aufnahme einer derartigen Bestimmung ab. — In der Reichstagskommission wurde sodann die Frage wieder aufgenommen und diejenige Vorschrift beschlossen, wie sie jetzt der § 654 enthält.

Die Vorschrift des § 654 schliesst den Anspruch auf den Mäklerlohn — und den Ersatz von Aufwendungen [1]) — aus [2]), „wenn der Mäkler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“ Der Mäkler muss also einerseits eine „doppelte Tätigkeit“, sowohl für den Auftraggeber wie für den Gegenkontrahenten, entfaltet haben, und andererseits muss diese Doppeltätigkeit „dem Inhalt des Vertrages zuwider“ laufen. Es wird also zunächst, um festzustellen, ob die Doppeltätigkeit verboten ist oder nicht — schlechthin verboten soll sie jedenfalls nicht sein —, der Inhalt des abgeschlossenen Vertrages zu prüfen sein. Ergibt derselbe, dass die Doppeltätigkeit durch gegenseitige Abrede ausdrücklich ausgeschlossen ist, so ist die Entscheidung nicht zweifelhaft; doch genügt es auch schon für den Ausschluss des Anspruches, wenn sich

---

1) Darüber weiter unten S. 85, 86.

2) d. h. ipso jure; die Vorschrift ist also von Amtswegen zu beachten, nicht erst auf Grund erhobener Einrede. Vgl. Planck zu § 654 unter 3, und Fischer-Henle zu § 654 unter 1.

eine derartige Absicht aus den Umständen ergibt[1]), und wenn die für den Gegenkontrahenten entfaltete Tätigkeit des Mäklers gegen die von ihm gegenüber seinem ersten Auftraggeber übernommenen Pflichten verstösst[2]). Im einzelnen wird es freilich auch hier für die Entscheidung des Falles, ob eine vertragswidrige Doppeltätigkeit des Mäklers vorliegt oder nicht, auf die Umstände des Falles ankommen. Der Mäkler darf insbesondere dem Zustandekommen des Geschäftes mit dem von ihm nachgewiesenen Kauflustigen nicht entgegenwirken. Ein derartiges vertragswidriges Entgegenwirken ist aber nicht schon darin zu finden, dass er dem Kaufliebhaber noch ein anderes Objekt anstellt[3]). Der Mäkler geht ferner des Mäklerlohnes verlustig, wenn er den Kaufpreis herabgedrückt hat[4]). Bei Liegenschaftsmäklern schliesslich ist es meistens Regel[5]), dass sie für beide

1) So u. a. Staudinger zu § 654 unter 2 a, und Fischer-Henle zu § 654 unter 2.

2) Aehnlich Dernburg, BGB., II § 339 unter III: Betrachte der Auftraggeber den Mäkler als seinen Vertrauensmann, verlange er von ihm, dass er sein besonderes Interesse wahre und den Abschluss des Vertrages in einem für ihn günstigen Sinne herbeiführe, so handle der Mäkler pflichtwidrig, wenn er sich zugleich in den Dienst der anderen Partei stelle. Sei dagegen die Aufgabe des Mäklers nur, eine Gelegenheit zum Geschäftsabschluss herbeizuführen, die Erklärungen der Vertragschliessenden gegenseitig zu übermitteln und den Beweis derselben zu sichern, so müsse es ihm gestattet sein, beiden Teilen zu dienen und von beiden Vergütung zu beanspruchen.

3) So das RG. in SeuffA. Bd. 56, No. 41, OLG. (Posen) Bd. 6, S. 87.

4) So OLG. Posen in SeuffA. Bd. 57, No. 394.

5) Staudinger zu § 654 unter 2 a.

Teile tätig sind; ebenso wird es, wie Staudinger[1]) noch besonders hervorhebt, bei Tauschgeschäften häufig in der Natur der Sache liegen, dass der Mäkler Vermittler für beide Parteien ist. — Beim Vorliegen einer derartigen vertragswidrigen Doppeltätigkeit des Mäklers nun, wofür im Streitfalle der Auftraggeber beweispflichtig[2]) ist, ist nach dem § 654 jeder Anspruch auf Mäklerlohn — und Ersatz von Aufwendungen[3]) — ausgeschlossen. Im entgegengesetzten Falle aber — wenn eine Doppeltätigkeit zulässig ist — hat der Mäkler auch vollen Anspruch auf den vereinbarten Lohn — und Auslagenersatz[4]) — nach beiden Seiten, nicht etwa nur nach jeder Seite auf die Hälfte[4]).

Erwähnt werden mag zum Schluss noch, dass nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[5]) der Auftraggeber, wenn er schon bei Abschluss des Mäklervertrages Kenntnis von der Tätigkeit des Mäklers für den anderen Teil hatte, sich später nicht mehr auf den § 654 soll berufen können.

§ 15.

b. Der Anspruch des Mäklers auf Ersatz der von ihm gemachten Aufwendungen.

Das zweite, freilich weit minder wichtige Recht

1) Vgl. Anm. 5 auf vorh. Seite.

2) Er muss dem Mäkler nachweisen: einerseits, dass der Mäkler für beide Teile tätig gewesen ist, andererseits, dass die für den anderen Teil entfaltete Tätigkeit dem Mäklervertrage zuwider ist. So Neumann zu § 654 Anm. 1.

3) Darüber weiter unten S. 85, 86.

4) wie für das Handelsrecht gemäss § 99 HGB..

5) RGZ. Bd. 4, S. 223.

des Mäklers ist das Recht desselben auf Ersatz der von ihm gemachten Aufwendungen. Dahin gehören u. a. insbesondere die Auslagen für Reisen, einschliesslich Spesen, für Porto, Annoncen u. s. w..

α. Alle derartigen Aufwendungen sind nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 652 Abs. 2 [1]) des Gesetzbuches dem Mäkler nur dann zu ersetzen, „wenn der Ersatz derselben vereinbart ist.“ In diesem Fall finden sodann auf den Ersatz der Aufwendungen die §§ 256, 257 BGB. Anwendung. Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird der Mäkler seine Aufwendungen niemals ersetzt erhalten, „auch dann nicht, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt“ [2]). Welcher Art die Aufwendungen sind, ist gleichgültig; andererseits können sie sowohl neben dem Mäklerlohn als auch anstatt desselben vergütet werden [3]). Selbstverständlich ist [4]), dass der Mäkler, wenn der Auftrag zurückgezogen wird, ebensowenig seine Aufwendungen ersetzt verlangen kann, wie er einen Anspruch auf Mäklerlohn hat.

β. Gemäss § 654 ist der Anspruch auf Ersatz der vom Mäkler gemachten Aufwendungen — ebenso wie der Anspruch auf den Mäklerlohn — ausgeschlossen,

1) Ueber die Entstehungsgeschichte desselben sind zu vergleichen: Motive, Band II, S. 514, Protokolle, Band II, S. 345—347, unter Ziff. 129 I, und oben S. 17, 18 dieser Abhandlung.

2) z. B. wenn der dem Mäkler erteilte Auftrag vom Auftraggeber wieder zurückgezogen wird; so OLG. (Dresden) Bd. 4, S. 48.

3) Vgl. Matthiass I § 124 unter IV B, Staudinger zu § 652 unter V.

4) OLG. (Dresden) Bd. 4, S. 48 hebt diesen Fall besonders hervor.

„wenn der Mäkler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“ Es gilt hier allen Inhalts dasselbe, wie für den Ausschluss des Lohnanspruchs des Mäklers, und kann daher lediglich auf das oben [1]) Gesagte verwiesen werden.

§ 16.

2. *Die Pflichten des Mäklers* [2]).

Pflichten des Mäklers gegenüber dem Auftraggeber fehlen, wie schon oben [3]) hervorgehoben, bei dem reinen Mäklervertrage; sie kommen nur bei den uneigentlichen Mäklerverträgen vor [3]).

Abgesehen von dem Fall, dass der Mäkler dem Auftraggeber gegenüber ausdrücklich die Erfüllung gewisser Pflichten, insbesondere der Pflicht, für den letzteren tätig zu werden, übernommen hat — in diesem Fall entsteht die Verpflichtung, wie weiterer Ausführung nicht bedarf, mit dem Abschluss des Mäklervertrages —, entstehen Pflichten des Mäklers regelmässig frühestens erst mit dem Moment, in welchem der Mäkler auf Grund des abgeschlossenen einseitigen, ihn lediglich zunächst berechtigenden Mäklervertrages, welcher durch diese

---

1) Vgl. S. 82—84.

2) Vgl. hierzu u. a. insbesondere: Staudinger zu § 652 unter II 1, Neumann zu § 652 unter I 1 und 2, Oertmann zu § 652 unter 1, Riesenfeld a. a. O. S. 277 ff., Crome, System des BGB., II § 272 unter 4.

3) Vgl. oben S. 35—37.

Pflichten die Natur eines zweiseitigen Vertrages gewinnt, in Tätigkeit tritt [1]).

Ihrer Natur nach sind diese mit der Entwickelung der Mäklertätigkeit beginnenden Pflichten des Mäklers allgemeiner Art, welche aus dem das ganze Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse beherrschenden Prinzip der Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, wie es in den §§ 157,242 des BGB. niedergelegt ist, resultieren.

Aus diesem vorgenannten Prinzip fliessen insbesondere die Verpflichtungen des Mäklers zur Sorgfalt, zur Treue und Gewissenhaftigkeit, sowie zur Verschwiegenheit.

a. Die Verpflichtungen zur Sorgfalt, zur Treue und Gewissenhaftigkeit erfordern vom Mäkler eine gewissenhafte Ausführung des ihm vom Auftraggeber gewordenen Auftrages; der Mäkler hat in dieser Hinsicht die Pflichten eines Beauftragten, und es sind die in dem BGB. für den Auftrag geltenden Vorschriften auf diesen Fall analog zur Anwendung zu bringen [2]). Dahin gehört vor allem, dass der Mäkler die ihm vom Auftraggeber etwa erteilten Weisungen genau befolgt; abweichen wird er von diesen Weisungen nur dürfen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde; indess hat er für diesen Fall dem Auftrag-

1) Vgl. Goldmann-Lilienthal I § 180 unter I 2a, oben S. 36.

2) Vgl. RG. in einer Entscheidung in DJZ. 1897, S. 365.

geber vorher Anzeige zu machen und seine Entschliessung abzuwarten, es sei denn Gefahr im Verzug [1]). Der Mäkler ist ferner [2]) verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben und ihm auf Verlangen über den Stand des Geschäftes genau und rechtzeitig Auskunft zu erteilen. Hierhin gehört insbesondere die Verpflichtung des Mäklers, alle ihm bekannten Sachumstände von Interesse seinem Auftraggeber getreulich mitzuteilen, selbst diejenigen, welche geeignet sind, den Auftraggeber von der Vertragsschliessung abzuhalten [3]).

Bestritten ist die Frage, ob dem Mäkler eine Erkundigungspflicht nach den Vermögensverhältnissen des Gegenkontrahenten obliegt, oder m. a. W., ob der Mäkler für die Zahlungsfähigkeit bezw. Kreditwürdigkeit des Gegenkontrahenten einzustehen hat. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung [4]) sich dahin ausgesprochen, dass der Mäkler im allgemeinen verpflichtet [5]) sei, Erkundigungen nach der Zahlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten einzuziehen. Diese Ansicht ist indess u. E. [6]) nicht zu teilen, viel-

1) Entsprechend § 665 BGB..

2) Entsprechend § 666 BGB..

3) Staudinger und Neumann a. a. O.. — Ebenso RG. in SeuffA. Bd. 56, No. 73, und Kammergericht (Berlin) in SeuffA. Bd. 56, No. 148.

4) abgedruckt bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 7, S. 187, No. 504.

5) Als „grundsätzliche" will das Reichsgericht diese Verpflichtung indess nicht aufgefasst wissen; vgl. RG. in JW. 1899, S. 452, No. 61.

6) Ebenso ausdrücklich Riesenfeld a. a. O S. 280, Crome, System des BGB., II § 272 unter 4 b, derselbe, die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 436, 437, Goldmann-Lilienthal I § 180 Anm. 25.

mehr dürfte es mit Rücksicht darauf, dass der Auftraggeber frei darüber zu befinden hat, ob ihm der zugeführte Gegner passt oder nicht, auch seine Sache sein, sich nach den Vermögensverhältnissen des Gegenkontrahenten zu erkundigen. War freilich dem Mäkler die schlechte Vermögenslage des Gegenkontrahenten bekannt oder musste er sie kennen, so trifft ihn eine dahingehende Mitteilungspflicht an seinen Auftraggeber [1]).

In diesen Zusammenhang gehört auch die durch den jetzigen § 654 BGB. entschiedene Frage, die bereits oben [2]) erörtert wurde.

Eine aus der allgemeinen Treueverpflichtung folgende Verpflichtung, die sich gewissermassen als eine Unterart derselben darstellt, ist die Verpflichtung des Mäklers zur Beobachtung derjenigen geschäftlichen Verschwiegenheit, welche durch das Interesse des Geschäftsherrn bedingt ist [3]). Wie weit diese Verschwiegenheitspflicht des Mäklers im einzelnen geht, wird je nach Lage des Falles verschieden sein; im allgemeinen wird man aber sagen können, dass der Mäkler alle Mitteilungen, die ihm sein Auftraggeber gemacht hat, insbesondere aber Geheimnisse, die er ihm anvertraut hat, z. B. seine missliche Vermögenslage, die ihn zum Abschluss des zu vermittelnden Geschäftes drängt, regelmässig geheim zu halten haben wird. Dass diese Verschwiegenheits-

1) So u. a. Kammergericht (Berlin) in SeuffA. Bd. 56, No. 148, OLG. Colmar in DJZ. 1903, S. 60, OLG. Dresden im Recht 1901, S. 538.

2) S. 82—84.

3) Staudinger a. a. O..

pflicht des Mäklers freilich soweit gehen wird, dass der Mäkler auch den Namen seines Auftraggebers dem Gegenkontrahenten gegenüber geheim zu halten hat, wird man nicht annehmen können; soll der Mäkler doch gerade die beiden Parteien zusammenführen — „unter einen Hut bringen", wie Frhr. von Kreitmayr in seinen Anmerkungen zum Bayrischen Landrecht sich ausdrückt [1]) —, wozu vor allem erforderlich ist, dass vorerst beide Parteien sich namentlich kennen lernen.

Dass eine Verletzung dieser vorstehend kurz skizzierten Pflichten des Mäklers diesen nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276, 249 ff. BGB. schadensersatzpflichtig macht, ergibt sich aus der Natur dieser Pflichten als vertraglicher, und ist bereits oben [2]) hervorgehoben worden. Der Mäkler hat hierbei wie jeder Vertragsschuldner omnis culpa zu prästieren: er haftet für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit; er hat weiter, wie auch schon oben [3]) hervorgehoben, gemäss § 278 BGB. ein Verschulden seiner Gehülfen (Substituten, Zwischen- oder Untermäkler) als Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Für das Zustandekommen des von ihm vermittelten Geschäftes steht er dagegen nicht ein; dies hängt ja auch garnicht von seinem Willen ab, da einerseits der Auftraggeber jederzeit den Abschluss des Ge-

1) Vgl. Staudinger a. a. O..
2) S. 26.
3) S. 53.

schäftes frei ablehnen kann, andererseits der Mäkler, wenn der Gegenkontrahent seinerseits den Vertrag nicht erfüllt, für diese Nichterfüllung unmöglich verantwortlich gemacht werden kann.

Der Gegenkontrahent wird demgegenüber für einen ihm vom Mäkler zugefügten Schaden nur Ersatz verlangen können nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 823 ff. BGB.; dies folgt daraus, dass der Mäkler zum Gegenkontrahenten, wie auch bereits oben [1]) hervorgehoben wurde, in keinerlei vertragliche Beziehungen tritt, es sei denn, dass er sich auch dem Gegenkontrahenten gegenüber vertraglich besonders verpflichtet hatte.

b. Die Verpflichtung des Mäklers zur Bemühung um das Zustandekommen des Vertrages, welche, wie ebenfalls bereits oben [2]) hervorgehoben, kein begriffliches Erfordernis des eigentlichen Mäklervertrages ist, kann entweder ausdrücklich vom Mäkler übernommen sein oder aber auch sich aus den Umständen ergeben; auch hier wird die Lage des einzelnen Falles eine verschiedene sein; doch wird eine derartige stillschweigende Verpflichtung meist dann angenommen werden können, wenn der Mäkler sein Geschäft gewerbsmässig betreibt, sowie wenn er z. B. einen Vorschuss eingefordert hat [3]).

Noch weitergehend in dieser Hinsicht wäre gar eine vom Mäkler übernommene Garantie für das

1) S. 21.
2) S. 35, 36.
3) Vgl. oben S. 37.

Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages[1]); ein Fall, der im praktischen Leben wohl kaum vorkommen dürfte, besonders, da es nicht in der Hand des Mäklers liegt, dass der vermäkelte Vertrag auch wirklich zustande kommt.

Auch bei dieser Verpflichtung zum Tätigwerden wird man den Inhalt des abgeschlossenen Mäklervertrages und die Umstände des einzelnen Falles heranziehen müssen, um beurteilen zu können, ob der Mäkler diese seine übernommene Pflicht erfüllt hat oder nicht. Hinsichtlich der Verletzung dieser Tätigkeitspflicht des Mäklers gilt im übrigen das Gleiche wie vorstehend unter a..

§ 17.

III. Die Aufhebung des Mäklervertrages.

Bei der Beendigung des Mäklervertrages unterscheiden auch wir, wie allgemein in der Literatur üblich[2]), zwischen objektiven und subjektiven Endigungsgründen, entweder ausserhalb oder in der Person eines der beiden den Mäklervertrag abschliessenden Personen liegenden Tatsachen.

Als objektive Endigungsgründe kommen, wie bei anderen Verträgen, so auch beim Mäklervertrage,

---

1) U. E. muss man einen derartigen Vertrag als „Werkvertrag" bezeichnen; der Erfolg, den herzustellen der Mäkler übernommen hat, ist der Abschluss des von ihm vermittelten Vertrages. — So auch Woltersdorf S. 37.

2) Insbesondere Riesenfeld a. a. O. S. 577—585.

die allgemeinen Endigungsgründe eines Vertrages in Frage, insbesondere also die beiderseitige Vertragserfüllung, d. h. auf Seiten des Mäklers vertragsmässige Ausführung des übernommenen Auftrages, auf Seiten des Auftraggebers Auszahlung des vereinbarten Mäklerlohnes, ferner wechselseitiges Einverständnis der beiden Vertragsparteien mit der Aufhebung des Vertrages, und schliesslich eintretende Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, z. B. zufälliger Untergang des Vertragsgegenstandes. Auch vom Auftraggeber verschuldeter Untergang des Vertragsgegenstandes führt — freilich nur bei dem eigentlichen Mäklervertrage [1]) — die Aufhebung desselben herbei, ohne eine Entschädigungspflicht des Auftraggebers zu begründen.

Wichtiger als diese objektiven Endigunsggründe sind die subjektiven, d. h. in der Person des Auftraggebers oder des Mäklers liegenden Endigungsgründe; als solche kommen hier in Frage und werden im nachstehenden besprochen werden: Tod und Eintritt der Geschäftsunfähigkeit auf der einen, Kündigung (Widerruf) und Rücktritt auf der anderen Seite [2]).

Besondere gesetzliche Bestimmungen sind für diese Fälle nicht getroffen worden; die Entscheidung

1) Bei dem uneigentlichen Mäklervertrage kommen die Bestimmungen des BGB. über verschuldete Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, für diesen Fall § 324 BGB., zur Anwendung.

2) Wegen der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mäklers bezw. des Auftraggebers, als Endigungsgrundes des Mäklervertrages, vgl. u. a. Riesenfeld a. a. O. S. 578, 579, 581.

derselben hat daher nach den allgemeinen Grundsätzen zu erfolgen.

a. Tod bezw. Eintritt der Geschäftsunfähigkeit.

α. Der Tod des Mäklers beendigt regelmässig [1]) den Mäklervertrag. Das ergibt sich aus der persönlichen Natur des Mäklervertrages: derselbe wird zumeist mit einem bestimmten Mäkler, auf dessen individuelle Eigenschaften und Fähigkeiten es dem Auftraggeber ankommt, abgeschlossen. Es sind indess auch Fälle denkbar, in welchen der Tod des Mäklers auf das Bestehen des Mäklervertrages ohne Einfluss ist. Dies hebt — u. E. mit Recht — Oertmann [2]) hervor, indem er auf die heute vielfach vorkommenden grossen Mäklergeschäftshäuser, z. B. Israël Schmidt Söhne in Berlin, hinweist, „bei denen doch die Individualität des derzeitigen Inhabers sehr stark zurücktritt." Ebenso — und aus denselben Gründen — ist der Fall zu behandeln, dass mehreren Mäklern, welche zusammen als Gesellschafter ein Mäklergeschäft betreiben, ein Auftrag erteilt ist; auch hier bringt im Falle, dass die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht [3]),

1) Riesenfeld a. a. O. S. 578, und Planck in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter IV 5: „notwendig"; doch ist dem nicht beizupflichten. Uns. Ans. ausdrücklich Staudinger in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 4 c, und Oertmann (vgl. die nachf. Anm.).

2) Oertmann in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 5; vergl. oben S. 54.

3) Dies muss im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein: § 736 BGB..

der Tod eines derselben den Mäklervertrag nicht zur Endigung.

β. Der Tod des Auftraggebers dagegen beendigt regelmässig den Mäklervertrag nicht, die Rechte und Pflichten des Auftraggebers gehen vielmehr, wie bei allen Verträgen, auf dessen Erben über [1]). Mit Recht führt u. E. das Reichsgericht in der zitierten Entscheidung — S. 256 — aus: „Die Erben brauchen allerdings, wie auch der Auftraggeber selbst, auf das Geschäft nicht einzugehen. Tun sie das aber in Kenntnis der Vermittelungstätigkeit des Mäklers, so machen sie sich dessen Bemühungen zu nutze, und es fehlt alsdann nicht an dem erforderlichen Zusammenhang zwischen der Vermittlertätigkeit und dem Geschäftsabschluss." Die gegenteilige Ansicht [2]) will auch mit dem Tod des Auftraggebers, ebenso wie mit dem des Mäklers, stets den Mäklervertrag beendet wissen, da „der Wille des Auftraggebers, das übertragene Geschäft einzugehen, für die Erben nicht entscheidend sein könne, oder das übertragene Geschäft, z. B. eine Heirat, ein Dienst- oder ein Verlagsvertrag, von den Erben überhaupt nicht abgeschlossen werden könne"; „auch fehle es an dem Kausalzusammenhang zwischen der

1) So insbesondere RGZ. Bd. 47, S. 253 ff.. — „Im Zweifel" Endigungsgrund ist der Tod des Auftraggebers nach Fischer-Henle zu § 652 unter 3, „im Zweifel nicht" nach Crome, System des BGB., II § 272 unter 7. — Staudinger in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 4 c, und Planck ebenda unter IV 5 lassen die „Umstände des einzelnen Falles" entscheiden.

2) Insbesondere Riesenfeld a. a. O. S. 580, 581, ebenso Neubauer a. a. O. S. 30, und Rocholl II S. 96.

Mäklertätigkeit und dem etwaigen Geschäftsabschluss durch die Erben."

γ. Der nach dem Abschluss des Vertrages erfolgende Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers oder des Mäklers hat in beiden Fällen die gleiche Wirkung, wie der Tod des Auftraggebers bezw. des Mäklers.

b. Kündigung (Widerruf) und Rücktritt[1]).

α. Der Auftraggeber ist berechtigt, jederzeit den erteilten Auftrag zu widerrufen, bezw. den abgeschlossenen Vertrag zu kündigen und von demselben zurückzutreten. Dieses Recht folgt beim einseitigen Mäklervertrage aus der Erwägung, dass der Auftraggeber berechtigt ist, die entfaltete Tätigkeit des Mäklers einfach zu ignorieren und das ihm vom Mäkler angetragene Geschäft ohne Angabe eines besonderen Grundes zurückzuweisen, ohne dass er die versprochene Vergütung zu zahlen hätte[2]), es sei denn, dass er dolos handle; denn der zu vermittelnde Vertrag ist eben in diesem Falle nicht zustande gekommen. Beim zweiseitigen Mäklervertrage folgt dieses Recht des Auftraggebers aus den anzuwendenden Bestimmungen des Dienst- bezw. Werkvertrages über

1) Vgl. hierzu u. a. Staudinger zu § 652 unter II 2 a, Planck in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter IV 5, Oertmann in den Vorbemerkungen zu §§ 652 ff. unter 5, Rospatt a. a. O S. 546, 547, Staub im Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 17. — Gegner des Kündigungsrechts ist nur Lotmar I S. 535.

2) Vgl. OLG. (Kiel) Bd. 8, S. 76.

Kündigung [1]). Dabei ist es unerheblich, ob man hier von einem Kündigungs- oder Widerrufs- oder Rücktrittsrecht des Auftraggebers sprechen will; ein praktischer Unterschied besteht zwischen diesen drei Rechten nicht. Aus welchem Grunde der Auftraggeber dieses Recht im Einzelfall ausübt, ist ebenfalls unerheblich; er mag von dem beabsichtigten Geschäft gänzlich Abstand nehmen wollen, es selbst zustande bringen oder die Vermittelung einem anderen Mäkler übertragen wollen; in den beiden letzteren Alternativen muss indess, wie Staudinger [2]) zutreffend bemerkt, vorausgesetzt werden, dass nicht bereits ein genügender ursächlicher Zusammenhang zwischen der bereits entfalteten Tätigkeit des (oder des ersten) Mäklers und dem Abschlusse des Hauptvertrages besteht, wodurch der Anspruch auf Mäklerlohn gleichwohl aufrecht erhalten würde. — Häufig ist indess vertragsmässig das Kündigungsrecht des Auftraggebers ganz oder für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen, insbesondere, wenn der Mäkler sich ein Geschäft „fest und unwiderruflich an die Hand geben" lässt [3]); dann ist die trotzdem erfolgte Kündigung nichtig, bezw., wenn die Kündigung nur für eine

1) nämlich gemäss § 649 BGB. jederzeitige Kündigung, gemäss §§ 620 ff. BGB. Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ebenfalls jederzeitige Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (§ 626 BGB.). — Hinsichtlich der in diesen Fällen zu zahlenden Vergütung sind zu vergl. §§ 649, 628 BGB..

2) Staudinger a. a. O. unter α.

3) Vgl. hierzu OLG. (Kiel) Bd. 8, S. 76, und Staudinger a. a. O. unter γ, sowie insbesondere Rospatt a. a. O. S. 546—551 (in ausführlicher Behandlung).

bestimmte Zeit ausgeschlossen ist, darf sie in diesem Zeitraum nicht erfolgen [1]).

β. Der Mäkler ist ebenfalls regelmässig berechtigt, das Vertragsverhältnis jederzeit zu kündigen; dies folgt schon daraus, dass der Mäkler — von einer besonderen Vereinbarung abgesehen — zu einer Tätigkeit nicht verpflichtet ist [2]), bezw. dem Auftraggeber eine Klage auf Ausführung des übernommenen Auftrages oder ein Zwang zur Fortsetzung der begonnenen Vermittelung nicht zur Seite steht [3]); für den Fall der besonderen Vereinbarung einer übernommenen Verpflichtung zum Tätigwerden wird man die Bestimmungen über die Kündigungsbefugnis des Dienstverpflichteten beim Dienstvertrage [4]), bezw. über das Rücktrittsrecht des Unternehmers beim Werkvertrage [5]), anwenden müssen.

§ 18.

IV. Der Ehemäklervertrag des § 656 BGB. [6]).

Die rechtliche Natur des Ehemäklervertrages ist, wie schon im früheren gemeinen Recht, so auch

1) Streit herrscht hier über die Folgen einer trotz entgegenstehender vertragsmässiger Vereinbarung erfolgten Kündigung OLG. (Karlsruhe) Bd. 1, S. 236 will für diesen Fall mit Rücksicht auf § 324 BGB. den Anspruch auf Mäklerlohn aufrecht erhalten wissen; dagegen insbesondere Rospatt a. a. O., und Neumann zu § 652 unter I 3, sowie Staudinger a. a. O. unter γ.

2) Vgl. oben S. 35.

3) Vgl. oben S. 37—39.

4) §§ 620 ff., 626 BGB..

5) § 643 BGB..

6) Vgl. hierzu u. a. insbesondere: Staudinger, Planck, Oertmann, Meisner, Fischer-Henle,

jetzt noch für das Recht des BGB. nicht unbestritten. Während die einen [1]) den Ehemäklervertrag für ein gegen die guten Sitten verstossendes und daher gemäss § 138 Abs. 1 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft ansehen, hält die herrschende Meinung [2]) den abgeschlossenen Ehemäklervertrag für vollkommen gültig, und nimmt — analog Spiel und Wette — eine Naturalobligation als bestehend an, eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung allerdings rechtlich nicht erzwungen werden könne, deren Wirkung aber sich dahin äussere, dass das auf Grund derselben

---

sämtlich zu § 656, Goldmann-Lilienthal I § 180 unter IV, Dernburg, BGB., II § 339 unter V; Spezialliteratur: Kohler, „der Ehemakellohn", in „12 Studien zum BGB.", 1. Teil, unter II (S. 89—108), und Schindler, die gewerbsmässige Heiratsvermittlung.

1) Insbesondere Kohler § 7, (S. 105) und Meisner a. a. O.. — Den Ausschluss der Rückforderung des Geleisteten im § 656 Abs. 1 Satz 2 BGB. legen diese entsprechend der Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB. aus, nach welcher der Empfänger, wenn dem Leistenden gleichfalls ein Verstoss gegen die guten Sitten zur Last fällt — dies sei aber der Fall, wenn der Auftraggeber den Mäkler mit einer Ehevermittelung beauftragt habe —, das Empfangene, d. h. den Mäklerlohn, nicht herauszugeben verpflichtet ist. Vgl. Kohler § 8 (S. 106, 107).

2) Insbesondere u. a. Staudinger, Oertmann, Fischer-Henle, Goldmann-Lilienthal, Dernburg a. a. O., Schindler S. 64, Anm. 16 und dort zitierte; RG. in JW. 1900, S. 637, 638, RGZ. Bd. 46, S. 152 ff., S. 177 ff., (insbesondere S. 179: auch die Tatsache, dass GewO. § 35 das Heiratsvermittelungsgeschäft als einen an sich erlaubten Geschäftszweig betrachtet und solchen behandelt, spreche dafür, dass diese Verträge keineswegs als gegen die guten Sitten im Rechtssinne verstossend zu erachten seien). — Von diesem Standpunkt aus verneint daher auch das Reichsgericht in den erwähnten Entscheidungen die rückwirkende Kraft des § 656; ebenso auch Kammergericht (Berlin) und OLG. Celle in SeuffA. Bd. 55, No. 201 unter I bezw. II.

Geleistete nicht zurückgefordert werden könne. — Die letztere Ansicht ist u. E. die allein richtige für das Recht des BGB.. Für sie spricht offenbar die dem § 762 des BGB. (Spiel und Wette) gleiche Formulierung des § 656. Dass aber Spiel- und Wettverträge zu den unsittlichen Geschäften gehören und daher nichtig seien, wird wohl niemand behaupten. Man wird daher bei der gleichen Formulierung beider Paragraphen die rechtliche Natur des Spiel- und Wettvertrages auch als diejenige des Ehemäklervertrages ansehen können; diese ist aber, wie unbestritten: Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages, aber Ausschluss der Klagbarkeit und Ausschluss der condictio indebiti. Dasselbe wird man auch für den Ehemäklervertrag annehmen müssen. Gegen die Kohler'sche Ansicht spricht auch, wie Oertmann [1]) mit Recht hervorhebt, dass, wenn dieser Ansicht beizupflichten wäre, der besondere Ausschluss des Rückforderungsrechtes im § 656 überflüssig und irreführend wäre, da er ja schon aus § 817 BGB. sich ergeben würde.

Auch der Ansicht Planck's [2]), welcher eine Mittelmeinung vertritt, ist nicht beizutreten, da sie im Gesetz keinen Anhalt findet [3]); er sagt: „die Wissenschaft habe freie Hand, ob sie die Vorschriften

---

1) Oertmann a. a. O. unter 2 a. — Gegen die Kohler'sche Ansicht spreche auch weiter noch der Wortlaut des § 656, welcher offenbar geradezu auf die condictio indebiti anspiele und diese verwerfe, nicht eine condictio ob turpem causam (ebenda).

2) Planck a. a. O. unter 1.

3) auch die eine Ansicht unbedingt die andere ausschliesst, wie Schindler (S. 66) zutreffend hervorhebt.

des § 656 Abs. 1 BGB. als eine Konsequenz der Vorschriften des § 138 Abs. 1 und des § 817 Satz 2 BGB. betrachten wolle, oder ob sie eine Verbindlichkeit der im § 656 bezeichneten Art, ähnlich wie die Verbindlichkeit aus Spiel und Wette, als eine unvollkommene ansehen wolle; für das praktische Ergebnis dürfte es ohne Bedeutung sein, ob man die eine oder die andere Auffassung für die richtige halte" [1]).

Der § 656 BGB. verdankt, wie schon oben [2]) hervorgehoben, seine Entstehung einem Beschluss des Reichstages. Der Entwurf enthielt keine Bestimmung über den Ehemäklervertrag. Die Motive [3]) bemerken erklärend dazu: es könne weder eine Bestimmung, welche den Ehemäklervertrag für schlechthin nichtig erkläre, als angemessen, noch ein Vorbehalt für die Landesgesetze als gerechtfertigt erachtet werden; ob ein Vertrag der fraglichen Art im gegebenen Falle in Gemässheit des § 106 E. I, (jetzt § 138 Abs. 1 BGB.) als nichtig anzusehen sei, hänge von den Umständen des einzelnen Falles ab — Die zweite Kommission ist in eine Erörterung dieser Frage einer in das Gesetzbuch aufzunehmenden Bestimmung über den Ehemäklervertrag nicht eingetreten, wohl aber die Reichstagskommission, welche, trotz des Widerspruches der

1) Für das letztere — die ganze Frage sei ohne praktische Bedeutung — u. a. auch Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 54, Staudinger a. a. O. unter 2 b.

2) Vgl. oben S. 18.

3) Motive, Band II, S. 511.

Vertreter der verbündeten Regierungen [1]), die Aufnahme der im jetzigen § 656 BGB. enthaltenen Bestimmungen beschloss [2]).

Der § 656, dessen Bestimmungen ebenso wie diejenigen des § 655 [3]) jus cogens sind, einer Abänderung durch Parteivereinbarung also nicht unterliegen, bezieht sich im Abs. 1 Satz 1, ebenso wie § 652 Abs. 1 Satz 1, „sowohl auf den blossen Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe, als auch weitergehend auf die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe". In beiden Fällen wird „eine Verbindlichkeit zur Entrichtung des versprochenen Mäklerlohnes nicht begründet". Damit ist also in erster Linie die Entrichtung des versprochenen Mäklerlohnes ausgeschlossen, und es wäre eine trotzdem erhobene Klage von Amtswegen abzuweisen, auch wenn beklagtischerseits ein ausdrücklicher bezüglicher Einwand nicht erhoben werden sollte [4]); im Versäumnisverfahren würde in diesem Falle eine Verurteilung des säumigen [5]) Beklagten niemals erfolgen können.

Wie der Anspruch auf Mäklerlohn, so ist auch der Anspruch auf Ersatz der vom Mäkler gemachten Aufwendungen ausgeschlossen. Das Gesetzbuch er-

---

1) welche den Standpunkt der Motive vertraten.

2) Ueber die Gründe vgl. die Reichstagskommissionsberichte, Band I, S. 94, 95.

3) Vgl. oben S. 80, Anm. 4.

4) So Staudinger a. a. O. unter 3 a, und Oertmann a. a. O. unter 1.

5) d. h. des nicht erschienenen bezw. nicht verhandelnden: ZPO. §§ 330, 333.

wähnt diesen Fall zwar nicht ausdrücklich, indess ergibt sich aus dem Zweck der Gesetzesbestimmung, dass beide Fälle gleich zu behandeln sind [1]); im entgegengesetzten Falle — wenn der Ersatz der Aufwendungen einklagbar wäre — wäre eine Umgehung der im § 656 getroffenen gesetzlichen Bestimmung sehr leicht möglich, was zweifellos nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist.

Bestritten ist die Frage, ob die Insertionskosten für Heiratsannoncen ersetzt verlangt werden können oder nicht. Zweifellos ist, dass dieselben Aufwendungen sind, und daher nach dem vorstehend Gesagten an sich nicht ersetzt verlangt werden können. Diese Ansicht vertritt denn auch insbesondere Kohler [2]). Indessen versagen wir mit Oertmann [3]) und Planck [3]) derartigen Kosten nicht die Klagbarkeit, indem wir annehmen, dass der § 656 bei der singulären Natur seiner Bestimmungen strikt zu interpretieren und nicht weiter auszudehnen ist, als dies unumgänglich notwendig erscheint; eine

---

1) Ebenso u. a. Staudinger a. a. O. unter 3 b, Fischer-Henle a. a. O. unter 2, Oertmann a. a. O. Anm. 3, Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 55, Dernburg a. a. O. Schindler S. 76; and. Ans. nur Scherer II zu §§ 652—656 unter 2 (mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte: nach gemeinem Recht und Preussischem Landrecht sei die Ehemäklergebühr klagbar gewesen; diesen Standpunkt teile der erste Entwurf; § 656 BGB. sei die Ausnahme und daher nicht über seinen Fall auszudehnen).

2) Kohler § 6 (S. 104), ebenso Cosack I § 152 unter II 2.

3) Oertmann a. a. O. unter 3, und Planck a. a. O. unter 1, ebenso Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 55, Dernburg a. a. O. Anm. 16, Schindler S. 77, 78.

Verbindlichkeit zum Ersatz derartiger Insertionskosten kann u. E. nur dann geleugnet werden, wenn ein Verstoss gegen § 138 Abs. 1 des BGB. vorliegt [1]); das ist aber Auslegungsfrage.

Eine Folge der Nichteinklagbarkeit des versprochenen Mäklerlohnes wäre die Rückforderung des bereits entrichteten Lohnes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.). Das Gesetzbuch hat aber hier im Abs. 1 Satz 2 des § 656 die ausdrückliche Bestimmung getroffen, dass „eine Rückforderung des auf Grund des Versprechens Geleisteten ausgeschlossen ist", m. a. W. die condictio indebiti nicht statthat. Indess ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Rückforderung „nur aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat", nicht aus anderen Gründen, z. B. weil die Leistung durch Drohung erzwungen, oder durch arglistige Täuschung veranlasst worden ist, oder wegen Geschäftsunfähigkeit bezw. beschränkter Geschäftsfähigkeit des Leistenden; in solchen Fällen ist eine Rückforderung des Geleisteten zulässig [2]).

Im Abs. 2 des § 656 ist sodann schliesslich noch die Bestimmung getroffen, dass die Vorschriften des Abs. 1 — also Ausschluss der Klagbarkeit und Ausschluss der condictio indebiti — auch für den Fall

1) Vgl. die S. 103, Anm. 3 zitierten.

2) Ebenso u. a. Staudinger a. a. O. unter 3 d, Planck a. a. O. unter 2, Oertmann a. a. O. unter 2 b, Fischer-Henle a. a. O. unter 3, Schindler S. 68.

gelten sollen, dass „eine Vereinbarung vorliegt, durch welche der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere, dass ein Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB.) vorliegt“ [1]). Aus der eingegangenen Verbindlichkeit kann daher nicht geklagt werden; wird dieselbe aber erfüllt, z. B. der Wechsel honoriert, so ist eine Rückforderung des Gezahlten aus dem Grunde, dass eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe, ausgeschlossen [2]).

Als „bereits geleistet“ im Sinne des § 656 gilt nach allgemeiner Meinung [3]), von der geschehenen Zahlung abgesehen, auch Erfüllung durch Zahlungssurrogate, insbesondere Hingabe [4]) an Zahlungsstatt, und Tilgung durch Aufrechnung [5]), nicht dagegen ein blosses Versprechen, ebensowenig die blosse Ausstellung einer Schuldurkunde, z. B. eines Wechsels;

1) Das Gesetzbuch erwähnt ausdrücklich zwar nur das „Schuldanerkenntnis“; aber auch für jede andere zum Zwecke der Erfüllung eingegangene Verbindlichkeit, insbesondere abstrakte Schuldversprechen, wie Wechsel, gilt diese Vorschrift; so die gesamte Literatur; vgl. u. a. Staudinger a. a. O. unter 2 d, Planck a. a. O. unter 3, Oertmann a. a. O. unter 1, Goldmann-Lilienthal a. a. O., Schindler S. 69.

2) Die Rückforderung ist selbst dann ausgeschlossen, wenn der Zahlende nicht gewusst hat, dass keine Verbindlichkeit vorliegt (Goldmann-Lilienthal a. a. O.).

3) Vgl. u. a. Staudinger a. a. O. unter 3 e, Planck a. a. O. unter 2, Oertmann a. a. O. unter 2 c, Schindler S. 67, 68.

4) richtiger eigentlich „Annahme“ an Zahlungsstatt, mit Rücksicht auf § 364 Abs. 1 BGB..

5) d. h. nur eine vom „Auftraggeber“ erklärte Aufrechnung; eine vom Mäkler erklärte Aufrechnung ist keine Leistung des anderen Teiles. — Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 56 hebt dies noch besonders hervor.

letzterer kann daher nach § 812 BGB. zurückgefordert werden [1] [2].

Ob für den Anspruch des Mäklers auf Mäklerlohn ein gültiges Pfandrecht bestellt werden kann, bezw. dieser Anspruch durch Bürgschaft gesichert werden kann, ist u. E. zu verneinen [3]; denn Voraussetzung für die Begründung eines Pfandrechtes bezw. die Begründung einer Bürgschaft ist das Bestehen einer Forderung; dies liegt aber in diesem Fall nicht vor: eine Verbindlichkeit wird durch den Abschluss des Ehemäklervertrages nicht begründet.

Die Frage der Einklagbarkeit des Ehemäklerlohnes bei einer „Einheiratung" in ein Geschäft oder in Verbindung mit einem Pachtvertrage ist nach einer oberlandesgerichtlichen Entscheidung [4] zu bejahen; eine derartige Vermittelung erscheine nicht als sittenwidrig und falle daher nicht unter § 656.

---

1) Vgl. die in Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen, Bd. 3, zu § 656 unter 1 angegebenen OLG.-Entscheidungen.

2) Vgl. auch Planck (etwas anders) a. a. O. unter 3 a. E..

3) Ebenso u. a Staudinger a. a. O. unter 3 f und in den Bemerkungen zu § 1204 BGB. unter I 2 a, sowie Neumann zu § 762 BGB. unter 2, auch Schindler S. 75.

4) OLG. Karlsruhe in DJZ. 1904, S. 1144, Staudinger a. a. O. unter 3 g.